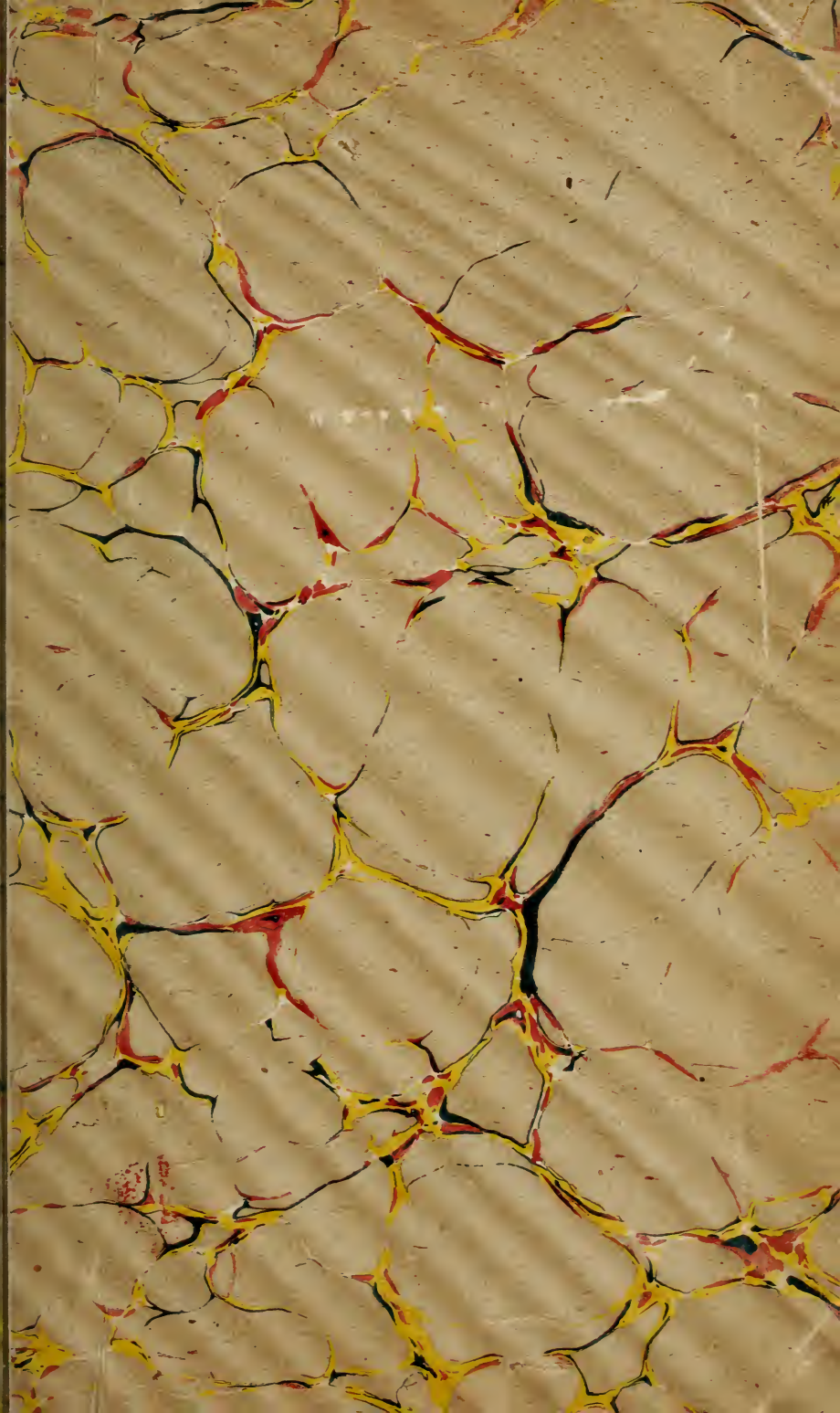
Ex Libris

La Bibliothèque
Université d'Ottawa
Ottawa, Canada

Gracieusement offert par

Me Rosaire Barrette
302, rue Wilbrod
Ottawa, Ontario.

Le 15 janvier 1953.



Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

COURS

DE

CODE NAPOLÉON.

VI

PARIS. — IMPRIMERIE DE CH. LAHURE ET Cie
Rues de Fleurus, 9, et de l'Ouest, 21

KJV
444
.21804
.A7
D454
1860
v. 6

TRAITÉ
DE L'ADOPTION
ET DE LA TUTELLE OFFICIEUSE;

DE LA

PUISSANCE PATERNELLE;

PAR

C. DEMOLOMBE

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT
ANCIEN BÂTONNIER DE L'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR IMPÉRIALE DE CAEN
OFFICIER DE LA LÉGION D'HONNEUR.

DEUXIÈME ÉDITION

PARIS.

AUGUSTE DURAND
LIBRAIRE
RUE DES GRÈS, 7.

L. HACHETTE ET Cie
LIBRAIRES
RUE PIERRE-SARRAZIN, 14.

1861.

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

5140

COURS

DE

CODE NAPOLÉON.

LIVRE PREMIER.

TITRE HUITIÈME.

DE L'ADOPTION ET DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.

EXPOSITION PRÉLIMINAIRE. — HISTORIQUE.

SOMMAIRE.

1. — Définition de l'adoption et de la tutelle officieuse.
2. — Origine de l'adoption.
3. — Suite.
4. — Décret du 18 janvier 1792, par lequel l'Assemblée nationale charge le comité de législation de comprendre l'adoption dans le plan général des lois civiles.
5. — Cependant le premier projet ne comprenait pas l'adoption. — Discussion et projets préparatoires. — On voulait d'abord que l'adoption fût une imitation parfaite de la nature.
6. — Ces projets n'ont pas été adoptés. — L'adoption, au contraire, d'après le Code Napoléon, n'est qu'une fiction très-incomplète, qui n'établit que certains rapports de paternité et de filiation entre l'adoptant et l'adopté.
7. — Observation sur le mérite de cette institution.
8. — Un assez grand nombre d'adoptions avaient eu lieu, depuis la

loi du 18 janvier 1792. — Le sort en a été réglé par la loi transitoire du 25 germinal an XI. — Quelles sont les principales dispositions de cette loi?
9. — Division générale.

1. — L'adoption est un acte juridique qui crée, entre deux personnes, certains rapports purement civils de paternité et de filiation.

La tutelle officieuse a été introduite afin de préparer et de faciliter l'adoption; c'est un acte par lequel une personne s'engage à nourrir et à élever gratuitement un mineur (*infra*, n° 214).

2. — L'origine de l'adoption remonte aux temps les plus reculés, jusqu'à l'époque des Hébreux peut-être; ce qui est certain, c'est qu'elle occupait une place considérable dans les institutions de la Grèce et de Rome.

L'étude de la tradition historique n'offre toutefois ici qu'un médiocre intérêt pour l'interprétation du droit civil; l'adoption, en effet, chez les anciens peuples, était une institution de droit public; et dans les pays même où elle paraissait avoir le caractère d'un contrat de droit privé, elle a toujours subi, plus qu'aucune partie de ce droit, l'influence des principes sur lesquels reposait la constitution politique de l'État.

C'est ainsi qu'à Rome l'adoption et l'adrogation formaient l'un des principaux ressorts de ce puissant mécanisme, qu'on appelait la famille; famille exceptionnelle et toute romaine, qui ne présente avec l'organisation de notre famille française aucune analogie; à ce point que, même après les changements que Justinien y a introduits, l'espèce d'adoption qu'on a appelée *imparfaite* (L. 10, Code, *de Adoptionibus*), et qui semble avoir servi de type aux rédacteurs du Code prussien d'abord et de notre Code Napoléon ensuite, ne saurait nous fournir qu'une assimilation très-incomplète.

3. — Nos anciens jurisconsultes s'accordent pour

attester que l'adoption n'était admise, en France, dans aucune partie du royaume, pas plus dans les provinces de droit écrit que dans les provinces de droit coutumier (*Nouveau Denizart*, t. I, v° *Adoption*, § 3, n° 1).

On peut bien citer quelques exemples *d'adoption publique*, *d'association d'armes* dans les premiers temps de notre histoire, et aussi certains usages, *l'affiliation*, *l'affrérissement*, qui produisaient, dans un petit nombre de coutumes, quelques effets plus ou moins semblables à l'adoption. Il est vrai encore que les institutions contractuelles ou testamentaires étaient aussi très-souvent faites sous la condition que le donataire ou l'héritier institué prendrait, en même temps que les biens, le nom et les armes du disposant.

Mais on ne trouve, dans aucun de ces usages, le caractère de l'adoption proprement dite, le caractère d'un acte de l'état civil, produisant des rapports fictifs de paternité et de filiation.

Il est donc vrai de dire que cette institution fut à peu près étrangère aux lois et aux mœurs de la France, jusqu'à l'époque de la Révolution (Merlin, *Rép.*, t. I, v° *Adoption*, § 1 ; Grenier, *Discours historique sur l'adoption*).

4. — C'est le 18 janvier 1792 que pour la première fois « l'Assemblée nationale décrète que son comité de législation comprendra dans son plan général des lois civiles celles relatives à l'adoption. »

Plusieurs actes législatifs mentionnent bientôt l'adoption comme une institution déjà presque existante (Constitution de 1793, art. 24; décret du 15 frimaire an III; loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 1, n° 9; ajout. l'arrêté du 19 floréal an VIII, art. 10).

Bien plus, l'adoption commence à être pratiquée; l'État lui-même en donne l'exemple (décret du 25 janvier 1793); et un certain nombre de particuliers l'imitent.

5. — Cependant le principe même de l'adoption n'était pas encore définitivement consacré.

Il est même remarquable que l'adoption n'était pas d'abord comprise dans le projet du Code Napoléon; elle n'y fut introduite que d'après les observations de la Cour de Cassation et de quelques cours d'appel, auxquelles ce projet avait été envoyé.

Un parti considérable dans le Conseil d'État la repoussait d'une manière absolue. L'adoption lui paraissait inutile, parce que les lois offraient à la bienfaisance bien d'autres moyens de l'exercer; — dangereuse, parce qu'elle fournissait un aliment aux vanités du régime nobiliaire et favorisait le célibat et la corruption des mœurs; — immorale enfin, parce qu'elle plaçait un enfant entre la fortune et l'abandon de ses parents.

Quelques-uns n'en voulaient faire qu'une institution de droit public, qu'un moyen de récompenses nationales.

Et parmi ceux qui la proposaient comme institution civile, les plus vives dissidences s'agitaient sur le caractère et les effets qu'elle devait avoir.

Le Premier Consul soutint d'abord énergiquement que l'adoption devait être *une imitation parfaite* de la nature, et produire un changement complet de famille. Il voulait que le père adoptif obtînt la préférence sur le père naturel, non-seulement aux yeux de la loi, mais *dans le cœur du fils adopté*. Les hommes, disait-il, n'ont que les sentiments qu'on leur inculque; et si l'adoption prend l'enfant encore mineur, si elle est prononcée solennellement de manière à frapper l'imagination, c'est-à-dire par le pouvoir législatif lui-même, la paternité fictive remplacera de tous points la paternité naturelle (Locré, t. VII, p. 450-457 et suiv.).

La plupart de ces idées avaient même prévalu, et les premières rédactions les avaient consacrées :

« L'enfant adoptif sort de sa famille et appartient à la famille de l'adoptant dans tous ses degrés directs et collatéraux....

« Les mineurs ou mineures non mariés peuvent seuls être adoptés. » (Locré, t. VII, p. 398 et 434.)

6. — Mais cette mutation absolue de famille était un système excessif, qui blessait profondément nos mœurs françaises, ou plutôt qui blessait la nature elle-même. Le Premier Consul finit par le reconnaître; et lorsque la discussion du Code Napoléon, interrompue pendant près d'une année, fut reprise, le 27 brumaire an XI, ses idées s'étaient considérablement modifiées. Le principe de l'adoption, encore une fois contesté, fut alors définitivement admis, mais avec des effets tout différents de ceux que les premiers projets avaient proposés.

Institution de droit privé, l'adoption n'opère, d'après notre Code, aucun changement de famille; elle n'établit de rapports juridiques qu'entre l'adoptant et l'adopté, et n'est dès lors qu'une très-imparfaite imitation de la nature.

Son double but est :

1° En règle générale, d'offrir une illusion de paternité telle quelle, un moyen de consolation et de bienfaisance à la vieillesse de ceux qui n'ont pas eu d'enfants ou qui ont eu le malheur de perdre ceux que la nature leur avait donnés;

2° Dans certains cas, de favoriser l'expression de la plus haute reconnaissance de l'homme envers son semblable pour des services au-dessus de toute récompense.

En un mot, l'adoption, de nos jours, n'a rien de politique; elle n'est qu'une forme de bienfait plus élevée et plus éclatante que toutes les autres, et qui unit, par le lien le plus étroit, le bienfaiteur à l'obligé.

On l'a d'ailleurs entourée de toutes les garanties qui

ont paru propres à en prévenir les dangers, à empêcher qu'elle n'éloignât du mariage ou qu'elle ne servît de voile à de coupables intentions.

7. — L'adoption a été, dans le cours de ces longues discussions, très-diversement appréciée.

C'était s'abuser sans doute que d'en attendre des résultats politiques et moraux d'une grande importance; l'adoption, même imparfaite, n'est guère dans nos mœurs; l'expérience l'a prouvé. Et peut-être renferme-t-elle nécessairement un danger contre lequel les précautions les plus sévères ne sont pas toujours efficaces, le danger de n'être le plus souvent qu'un moyen d'éluder les prohibitions de la loi.

Qui pourrait nier que c'est par ce côté seulement que l'adoption est, chez nous, une institution notable et pratique? (*Infra*, n°s 50-52.)

8. — La loi du 18 janvier 1792, en décrétant le principe de l'adoption, n'en avait déterminé ni les conditions, ni les formes, ni les effets.

Et cependant un assez grand nombre d'adoptions avaient eu lieu sur la foi de cette espèce d'annonce, ou plutôt même de promesse législative (*supra*, n° 4).

On ne pouvait pas, sans rétroactivité, appliquer à ces adoptions les dispositions postérieures du Code Napoléon; et une loi spéciale était nécessaire pour en régler définitivement le sort.

Tel fut l'objet de la loi du 25 germinal an XI.

Cette loi se montra très-indulgente; et elle ne pouvait, en effet, que fermer les yeux sur le passé en l'amnistiant.

Quant aux conditions et aux formes, elle se contenta uniquement de l'authenticité de l'acte pour *toutes* adoptions faites depuis le 18 janvier 1792 jusqu'à la publication des dispositions du Code Napoléon relatives à l'adoption (art. 1); en sorte qu'elle valida non-seule-

ment les adoptions des enfants naturels, mais encore celles des enfants adultérins.

La jurisprudence, après avoir d'abord appliqué cette conséquence, paraît avoir voulu ensuite la méconnaître (comp. Cass., 24 nov. 1806, Dufay, Sirey, 1806, II, 586; Cass., 6 oct. 1808, Talber, Sirey, 1809, I, 21; Cass., 9 fév. 1824, Roux, Sirey, 1824, I, 195; Cass., 26 juin 1832, Guérin, Dev., 1832, I, 155; Merlin, *Quest. de droit*, t. 7, v° *Adoption*, § 1).

Mais, si regrettable qu'elle puisse être, cette conséquence n'en résulte pas moins du texte de la loi, et peut-être bien aussi de la nécessité des circonstances; car en admettant la validité de ces adoptions passées en l'absence de toute loi organique, il devenait difficile d'établir des distinctions entre les abus plus ou moins coupables, auxquels avait certainement donné lieu cette liberté sans restriction et sans règle.

Quant aux effets des adoptions accomplies dans cette période intermédiaire, la loi du 25 germinal autorisa celui qui avait été adopté en minorité à renoncer à l'adoption dans un délai de trois mois, à partir de la publication de la loi ou à partir de sa majorité survenue depuis cette publication (art. 2).

Enfin, elle déclara que l'adopté jouirait de tous les droits accordés par le Code Napoléon, sauf pourtant le cas où ses droits auraient été réglés par contrat authentique, jugement, etc.; et elle réserva à l'adoptant la faculté de réduire l'adopté au tiers de ces droits, en déclarant sa volonté dans le délai de six mois (comp. art. 27).

9. — Nous nous occuperons d'abord de l'adoption, et ensuite de la tutelle officieuse.

PREMIÈRE PARTIE.

DE L'ADOPTION.

SOMMAIRE.

10. — Division générale.

10. — Voici le cadre dans lequel nous présenterons les principes de ce sujet :

1° Quelles sont les conditions requises pour adopter ou être adopté ?

2° Quelles sont les formes de l'adoption ?

3° Quels sont ses effets ?

4° Quelles sont les causes de nullité ou d'annulation de l'adoption ? — Par qui, comment et pendant combien de temps peuvent-elles être proposées ?

CHAPITRE PREMIER.

QUELLES SONT LES CONDITIONS REQUISES POUR ADOPTER OU ÊTRE ADOPTÉ.

SOMMAIRE.

11. — Division du chapitre 1er.

11. — Les conditions requises dans la personne soit de l'adoptant, soit de l'adopté, ne sont pas tou-

jours les mêmes; elles sont plus ou moins sévères, suivant qu'il s'agit :

1° De l'adoption ordinaire ou de droit commun;

2° De l'adoption rémunératoire ou privilégiée;

3° Enfin, de l'adoption dite testamentaire.

SECTION I.

DES CONDITIONS REQUISES DANS LA PERSONNE SOIT DE L'ADOPTANT, SOIT DE L'ADOPTÉ, POUR L'ADOPTION ORDINAIRE.

SOMMAIRE.

12. — Des conditions textuellement exigées dans la personne de l'adoptant : 1° L'adoptant doit être âgé de plus de cinquante ans, sans distinction entre l'homme et la femme.
13. — 2° L'adoptant doit avoir quinze ans de plus que la personne qu'il se propose d'adopter.
14. — 3° Il faut que l'adoptant n'ait, à l'époque de l'adoption, ni enfants ni descendants légitimes. — *Quid*, s'il avait contre son enfant des motifs sérieux de désaffection ?
15. — La survenance d'un enfant légitime de l'adoptant ne porte aucune atteinte à l'adoption antérieure.
16. — *Quid*, si l'enfant ou le petit-enfant de l'adoptant était seulement conçu à l'époque de l'adoption ?
17. — Suite. — Comment saura-t-on si l'enfant de l'adoptant était ou n'était pas conçu à l'époque de l'adoption ?
18. — Le même individu peut adopter plusieurs enfants soit en même temps, soit successivement. — L'adoption est également permise à celui qui a des enfants naturels reconnus.
19. — *Quid*, si l'enfant naturel de l'adoptant a été légitimé par le mariage subséquent ?
20. — *Quid*, si son enfant légitime était mort civilement ?
21. — *Quid*, s'il était absent présumé ou même déclaré ?
22. — Suite.
23. — 4° Il faut que l'adoptant ait fourni des secours et donné des soins non interrompus à celui qu'il se propose d'adopter, dans sa minorité et pendant six ans au moins.
24. — La tutelle officieuse a été introduite pour faciliter l'accomplissement de cette condition. — Mais elle n'est pas elle-même la condition nécessairement préparatoire de l'adoption.
25. — A quel titre et en quelle qualité faut-il que les secours aient été fournis et les soins donnés au mineur par la personne qui se

propose de l'adopter? — Celui, par exemple, qui a été tuteur ordinaire pendant plus de six ans, peut-il adopter son pupille devenu majeur?

26. — 5° L'adoptant, s'il est marié, doit obtenir le consentement de son conjoint.

26 *bis*. — *Quid*, si les époux étaient séparés de corps?

27. — En quelle forme ce consentement doit-il être donné?

28. — Suite.

29. — L'adoptant n'est tenu de demander ni le consentement, ni le conseil de ses père et mère.

30. — 6° Il faut que l'adoptant jouisse d'une bonne réputation.

31. — Des conditions textuellement requises dans la personne de l'adopté : 1° Il faut que l'adopté soit majeur. — Réflexion sur cette condition d'âge.

32. — *Quid*, si l'adopté se trouvait dans l'impossibilité de représenter son acte de naissance?

33. — 2° Il faut que l'adopté, s'il n'a point encore vingt-cinq ans accomplis, obtienne le consentement de ses père et mère ou du survivant; et s'il est majeur de vingt-cinq ans, qu'il requière leur conseil. — Différence, à cet égard, entre l'adoption et le mariage.

34. — Suite.

35. — Quelle doit être la forme de l'acte portant consentement des père et mère, et de l'acte respectueux?

36. — Le contrat d'adoption ne peut-il être passé, devant le juge de paix, qu'un mois après l'acte respectueux? — Renvoi.

37. — *Quid*, en cas d'absence de l'ascendant dont le consentement est nécessaire, ou auquel l'acte respectueux doit être fait? — *Quid*, si le lieu du décès de l'ascendant est inconnu?

38. — L'époux, qui se donne en adoption, doit-il obtenir le consentement de son conjoint? — Faut-il distinguer entre le mari et la femme?

39. — 3° Nul ne peut être adopté par plusieurs, si ce n'est par deux époux. — Motifs.

40. — Suite.

41. — Suite. — Si le premier adoptant est mort, l'adopté peut-il être l'objet d'une nouvelle adoption?

42. — Existe-t-il encore, en matière d'adoption, d'autres conditions, d'autres empêchements? — Point de doute que le consentement des deux parties ne soit nécessaire.

43. — Le célibat n'est pas un empêchement à l'adoption.

44. — Les femmes, comme les hommes, peuvent adopter et être adoptées.

45. — La conformité de sexe entre l'adoptant et l'adopté n'est pas non plus requise.

46. — La jouissance des droits civils est une condition nécessaire pour l'adoptant aussi bien que pour l'adopté.

47. — Suite. — Du mort civilement.
48. — Suite. — De l'étranger.
49. — Est-il nécessaire que l'adoptant et l'adopté aient non pas seulement la jouissance, mais encore l'exercice des droits civils?
50. — L'enfant naturel reconnu peut-il être adopté par son père ou sa mère? — Exposition de l'état de la question.
51. — Première opinion : L'adoption de l'enfant naturel est permise.
52. — Deuxième opinion : L'adoption de l'enfant naturel est défendue. — *Quid*, de l'adoption de l'enfant adultérin ou incestueux?
53. — Un prêtre catholique peut-il être adopté ?
54. — Peut-il adopter ?
55. — Suite.
56. — Deux époux peuvent-ils être adoptés par la même personne?
57. — Rien ne s'oppose à ce que deux époux soient adoptés l'un par un mari ou par sa femme, l'autre par le conjoint de l'adoptant.

12. — Voici d'abord les conditions textuellement requises dans la personne de l'adoptant :

1° Il doit être âgé de cinquante ans *accomplis* (art. 343), c'est-à-dire être arrivé à cette époque de la vie où l'on ne peut plus guère en général espérer d'enfants par le mariage.

Cette condition d'âge est la même pour les deux sexes, quoique peut-être le motif sur lequel elle repose eût exigé que l'on établît, sous ce rapport, une différence entre l'homme et la femme.

Le Code prussien (art. 669) permet au chef de l'État d'accorder des dispenses d'âge à ceux qui, pour cause d'infirmités physiques, ne peuvent pas espérer d'avoir d'enfant.

Notre Code ne renferme aucune disposition semblable.

13. — 2° L'adoptant doit avoir au moins quinze ans de plus que la personne qu'il se propose d'adopter (art. 343), parce qu'il importe que la fiction ne soit pas trop en désaccord avec la nature, parce que surtout, « sans cette condition, la protection légale qui doit résulter de l'adoption perdrait toute sa dignité. » (Berlier, *Exposé des motifs*.)

14. — 3° Il faut que l'adoptant n'ait, à l'époque de l'adoption, ni enfants ni descendants légitimes (article 343).

Car le motif essentiel de l'adoption n'existe pas pour celui qui a un enfant ou un petit-enfant légitime; et il en est toujours ainsi, quelles que soient d'ailleurs l'ingratitude et l'indignité de cet enfant. Le texte est absolu; et il était difficile d'entrer, en cette occasion, dans l'examen des causes plus ou moins sérieuses de la désaffection du père ou de la mère pour son enfant.

15. — *A l'époque de l'adoption*, dit notre article 343.

Donc, la survenance d'un enfant légitime postérieurement à l'adoption, c'est-à-dire postérieurement à l'acte passé devant le juge de paix, ne porte aucune atteinte au droit désormais acquis, à l'état désormais créé (art. 348, 350; *infra*, n° 111).

16. — Mais il suffirait que l'enfant ou le petit-enfant légitime de l'adoptant fût conçu, à l'époque de l'adoption, pour que celle-ci dût être déclarée nulle.

M. Valette enseigne toutefois le sentiment contraire (sur Proudhon, t. II, p. 192, *a*) :

1° L'adoption conventionnelle une fois formée, doit être fixe et immuable; tel est l'esprit du Code Napoléon, et la preuve en résulte, soit de l'âge exigé de l'adopté, qui doit être majeur, afin de pouvoir s'engager irrévocablement, soit du maintien de l'adoption malgré la survenance d'enfants légitimes; or, le sort de l'adoption dépendrait d'événements futurs et incertains, c'est-à-dire de l'accouchement de la femme et de la viabilité de l'enfant, si, en effet, la survenance d'un enfant simplement conçu devait la rendre nulle.

2° On ne peut pas reprocher, dans ce cas, à l'adoptant, d'avoir préféré un étranger à son propre enfant, puisque celui-ci était encore dans le sein de sa

mère, dont la grossesse était alors très-probablement inconnue.

Ces motifs ne me paraissent pas suffisants pour l'emporter sur le principe, que l'enfant conçu doit être considéré comme déjà né, lorsqu'il s'agit de ses intérêts (*voy.* notre *Traité de la paternité et de la filiation*, n° 414.)

Comment! on permettrait à celui dont la femme est notoirement enceinte, on permettrait à cette femme elle-même, sur le point d'accoucher peut-être, de venir devant le juge de paix adopter un étranger! L'enfant déjà conçu existe si bien aux yeux de la loi, qu'il est habile à recueillir des successions et des donations (art. 725, 906).

La grossesse, il est vrai, pourrait être ignorée et l'adoptant ne mériter aucun reproche; mais il est impossible d'admettre ces distinctions; et l'adoption défendue, lorsque la conception de l'enfant est notoire, ne saurait être permise, parce que la grossesse aurait été ignorée; car l'empêchement juridique n'en existe pas moins toujours. Ce sera, j'en conviens, un inconvénient que l'incertitude qui existera sur le sort de l'adoption jusqu'à ce que l'enfant soit né viable. Remarquons toutefois que l'adoption, dans ce cas, ne sera pas *révoquée* par la survenance d'un enfant, mais qu'elle sera déclarée nulle comme n'ayant pas été, dès l'origine, valablement formée (Delvincourt, t. I, p. 95, note 5; Toullier, t. II, n° 986; Duranton, t. III, n° 278; Riffé, *de l'Adoption*, p. 41; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 636; Massé et Vergé, t. I, p. 342; Odilon Barrot, *Encyclop. du droit*, v° *Adoption*, n°, 19; D., *Rec. alph.*, nouvelle édition, v° *Adoption*, n° 84; Demante, t. II, n° 76 *bis*, 111).

17. — Si l'enfant naît moins de cent quatre-vingts jours après l'acte d'adoption, il sera certain qu'il était

conçu auparavant; car la loi n'admet pas que la gestation puisse durer moins de cent quatre-vingts jours (art. 312, 314).

Si l'enfant naît plus de trois cents jours après l'acte d'adoption, il sera également certain qu'il n'a été conçu que depuis; car la loi n'admet pas que la gestation puisse durer plus de trois cents jours (art. 312 et 315).

Mais que décider si l'enfant vient à naître dans le temps intermédiaire des cent quatre-vingts aux trois cents jours?

M. Duranton enseigne « que l'on supposerait, comme la loi le suppose en principe (art. 312 et 315), que la grossesse a pu durer dix mois ou trois cents jours. » (T. III, n° 278.)

Mais la loi suppose également que la grossesse a pu ne durer que six mois ou cent quatre-vingts jours; il est vrai que lorsque l'état de l'enfant est en question, elle lui permet de placer la conception à l'époque la plus favorable pour sa légitimité; et tel est seulement l'objet des présomptions créées par les articles 312, 315;

Or, il ne s'agit pas ici de la légitimité de l'enfant; la seule question est de savoir si l'adoption consentie par son auteur est nulle ou valable;

Donc, il n'y a, dans ce cas, aucun motif pour supposer juridiquement que la grossesse a duré plutôt trois cents que cent quatre-vingts ou deux cents jours.

Ce sera donc seulement une question de fait. Déjà nous avons exprimé une solution semblable sur une question fort analogue (dans notre *Traité* précité, n° 100; Marcadé, t. I, art. 346, n° 4).

18. — D'après l'article 343, il faut que celui qui veut adopter n'ait ni enfants ni descendants *légitimes*.

Donc, il pourrait adopter :

1° Lors même qu'il aurait déjà un ou plusieurs en-

fants adoptifs; car il est permis d'adopter plusieurs enfants, non pas seulement en même temps et par le même contrat d'adoption, comme on l'avait d'abord proposé (Locré, t. VI, p. 434), mais encore successivement l'un après l'autre (art. 348; Bourges, 21 frimaire an IV, minist. publ. C. V..., Dev., *Rec. alph.*, v° *Adoption*, n° 86). Il appartient toutefois à la prudence et à l'équité des magistrats de ne pas autoriser facilement, *nisi justa causa*, celui qui a un enfant adoptif à en adopter encore d'autres (L. 15, § 3, ff. *de Adoptionibus*);

2° Lors même qu'il aurait un ou plusieurs enfants naturels reconnus; preuve nouvelle et très-éclatante que nos lois ont pensé que l'affection du père et de la mère naturels pour leur enfant n'occupait point, dans leur cœur, la même place que l'amour du père ou de la mère pour leur enfant légitime (*voy.* notre *Traité* précité, n° 557; Paris, 20 avril 1860, Arvi, Dev., 1860, II, 331; Demante, n° 76 *bis*, I).

19. — L'enfant légitimé a les mêmes droits que l'enfant légitime, mais seulement à compter de la célébration du mariage de ses père et mère (art. 333; *voy.* notre *Traité* précité, n°s 367, 368).

L'adoption que ses auteurs, ou l'un d'eux, auraient faite avant ce mariage, quoique postérieurement à la conception ou à la naissance de l'enfant légitimé, n'en demeurerait donc pas moins valable.

20. — L'enfant mort civilement n'existait plus dans sa famille aux yeux de la loi (art. 25, 725, 744).

21. — Quant à la présomption d'absence ou même à l'absence déclarée de l'enfant légitime de l'adoptant, du moins pendant la période de l'envoi provisoire, elle ne remplacerait pas, je crois, la preuve de son décès.

Mais on pourrait élever, à cet égard, un doute très-sérieux après l'ouverture de la troisième période et

lorsque tous les droits subordonnés au décès de l'absent s'exercent définitivement. Tout espoir alors n'est-il pas en effet perdu, et ne serait-il pas très-dur de refuser aux malheureux parents, dont l'enfant a disparu presque certainement pour toujours, la consolation qu'ils voudraient demander à l'adoption? (*Voy.* notre t. II, n° 145.)

Pourtant, il s'agit ici d'une question d'état, et l'adoption ne saurait être formée sous aucune espèce de condition résolutoire ; or, la mort de l'enfant absent n'est pas prouvée ; elle l'est si peu, aux yeux de la loi, que son conjoint présent ne pourrait pas se remarier (*voy.* notre t, II, n° 260). La conclusion, qui ne permet pas à son père ou à sa mère d'adopter, quoique très-rigoureuse, me semblerait donc plus juridique.

22. — Que si toutefois l'adoption avait eu lieu, sur la foi par exemple d'un faux acte de décès, j'admettrais aussi, avec M. Dalloz, que l'annulation ne pourrait en être prononcée qu'autant qu'il serait prouvé, par le demandeur en nullité, que l'enfant absent existait à l'époque de l'adoption (arg. de l'article 139). Car la loi ne présume, sur ces sortes de questions, ni la vie ni la mort de l'absent ; c'est à celui qui affirme l'une ou l'autre, à en fournir la preuve (D., *Rec. alph.*, v° *Adoption*, n 85 ; *voy.* aussi notre t. II, n°s 261 et 267).

23. — 4° Il faut que l'adoptant ait fourni des secours et donné des soins non interrompus à celui qu'il se propose d'adopter, dans sa minorité et pendant six ans au moins (art. 345).

Car l'adoption ne doit pas être l'effet d'une affection capricieuse ou d'un mécontentement plus ou moins passager de l'adoptant contre sa famille ; elle ne serait ainsi le plus souvent, pour les deux parties, qu'une source de repentirs et de discordes. Il faut que des rapports persévérants de bienfaisance de l'adoptant en-

vers l'adopté, à l'âge où celui-ci a le plus besoin de secours, aient éprouvé l'attachement de l'un et fait naître de bonne heure, chez l'autre, ces sentiments de gratitude et de déférence, que l'adoption transforme en liens de paternité et de filiation.

24. — C'est pour faciliter l'accomplissement de cette condition, que la tutelle officieuse a été créée; et même, dans la première rédaction, elle avait été mise au premier rang et avant le chapitre de l'adoption; mais cette distribution des matières a été changée, parce qu'on n'a pas voulu faire de la tutelle officieuse un moyen toujours préliminaire de l'adoption; M. Berlier a déclaré, en termes formels, qu'elle n'en était que l'*auxiliaire et non point la voie nécessairement préparatoire* (Locré, *Législ. civ.*, t. VI, p. 613).

25. — Les services peuvent donc avoir été rendus par l'adoptant à celui qu'il veut adopter, autrement qu'en qualité de tuteur officieux. Il paraît bien certain que, dans la pensée de la loi, ces secours et ces services doivent émaner de la libre bienfaisance de celui qui les fournit; et c'est une proposition que Benech a parfaitement mise en relief (*de l'Illégalité de l'adoption des enfants naturels*).

Mais je ne sais si notre regrettable collègue, qui reproche à Delvincourt de n'avoir pas compris *toute la portée et toute l'énergie de cette idée* (p. 7), ne s'en est pas lui-même exagéré l'importance.

Après tout, l'article 345 laisse aux magistrats la souveraine appréciation du point de savoir si, en fait, cette condition a été remplie (Odilon Barrot, *Encyclop. du droit*, n° 24; D., *Rec. alph.*, v° *Adoption*, n°s 90 et 91).

Cet article n'exige pas que les secours aient été donnés en vue de l'adoption; et il fait bien sans doute, car la pensée de l'adoption naîtra, le plus souvent, des

rapports qui résulteront des secours mêmes fournis d'abord sans aucun projet de ce genre.

L'article 345 suppose, j'en conviens, que ces secours doivent être donnés à titre de libéralité, *nullo jure cogente;* et Benech rapporte nombre de passages de la discussion préparatoire qui l'établissent. A la bonne heure! mais gardons-nous pourtant, à cet endroit, d'une préoccupation trop exclusive.

On a demandé, par exemple, si celui qui a été tuteur ordinaire, pendant plus de six ans, peut ensuite adopter le mineur devenu majeur?

Les uns ont dit: *non*, d'une manière absolue: la tutelle est une charge obligatoire; or, le bienfait doit être essentiellement libre; donc, le tuteur ordinaire, qui n'a fait que remplir un devoir, n'a pas rendu des services, ni fourni des secours dans le sens de l'article 345 (Benech, *loc. cit.*).

D'autres ont distingué : le tuteur n'avait-il aucun moyen de s'exempter de la tutelle? Ils admettent la solution qui précède; mais ils la repoussent, si au contraire le tuteur, pouvant s'exempter de la tutelle, l'a néanmoins acceptée (Delvincourt, t. I, p. 95, note 4).

J'aimerais mieux m'en rapporter, pour tous les cas, à la justice.

Cette condition de secours et de services rendus doit, avant tout, je le reconnais, prouver la volonté libérale et bienfaisante de l'adoptant; mais, à vrai dire, elle n'est pas elle-même le but, elle n'est que le moyen. Le but, c'est d'établir, de cimenter entre celui qui se propose d'adopter et l'enfant mineur, des rapports d'attachement réciproque, de protection et de déférence; or, d'une part, le tuteur ordinaire, celui-là même qui n'avait aucun moyen de s'exempter de la tutelle, a très-bien pu, dans l'exercice de ses fonctions, faire preuve envers son pupille d'affection et de bienfaisance; et

Delvincourt lui-même (*loc. cit.*) concède que, s'il a fait plus qu'il n'était légalement obligé de faire, les magistrats peuvent décider qu'il a rempli la condition exigée par l'article 345. Je n'en demande pas davantage! D'autre part, est-ce que ces relations, que la tutelle ordinaire établit entre le tuteur et le pupille, ces relations toutes protectrices et déjà presque paternelles, n'ont ptout à fait le caractère propre à préparer plus tard l'adoption? Et puis enfin, faut-il rendre l'adoption impossible dans les cas précisément où la pensée pourra en naître? Notez bien qu'on n'a voulu affranchir personne de cette condition de secours et de services; l'exception proposée pour l'oncle envers le neveu, n'a pas même été admise. Serait-il donc raisonnable d'empêcher l'adoption du neveu par l'oncle, parce que celui-ci aurait été son tuteur?

26. — 5° L'adoptant, s'il est marié, doit obtenir le consentement de son conjoint, sans distinguer si c'est la femme ou le mari qui se propose d'adopter (art. 344, 2e alin.; ajout. art. 362).

Car il ne faut pas que l'adoption devienne, dans le ménage, une cause de désunion et de discordes.

L'adoption faite par l'un des époux peut en effet blesser notablement l'autre dans ses intérêts pécuniaires: elle crée, à la charge de l'adoptant, une dette d'aliments, dont le plus souvent son conjoint se ressentira lui-même (art. 349); elle confère à l'adopté des droits successifs (art. 350), par suite desquels il pourrait demander la réduction des libéralités faites par l'adoptant à son conjoint, ou même exclure entièrement celui-ci de la succession de l'adoptant (art. 350, 767; *infra*, n° 162).

Enfin, sous un autre point de vue, l'adoption projetée par l'un des époux peut soulever, dans le cœur de l'autre, des susceptibilités et des répugnances telles,

que la bonne harmonie ne serait plus désormais possible entre eux.

Aussi le consentement personnel du conjoint est-il absolument nécessaire, et ne peut-il être remplacé par aucune espèce d'autorisation de justice.

26 *bis*. — Le consentement du conjoint de l'adoptant serait-il encore nécessaire, dans le cas où les époux seraient séparés de corps?

Il semblerait bien que le motif essentiel de la loi ne se rencontre plus dans cette hypothèse, et qu'on n'a point alors à craindre de troubler un ménage qui n'existe plus, ni de désunir des époux déjà séparés.

Néanmoins le texte de l'article 344 est absolu, et ne comporte pas cette distinction. La séparation de corps, en effet, ne détruit pas le mariage, et les époux demeurent toujours soumis à leurs principaux devoirs l'un envers l'autre. On a pu craindre d'ailleurs que l'adoption, qui serait faite par l'un des époux séparés de corps, n'affaiblît encore de plus en plus la possibilité d'une réconciliation (Riffé, *de l'Adoption*, p. 46).

27. — Quoique la loi ne détermine pas la forme de ce consentement, je pense qu'il doit être donné par acte authentique; car telle est la forme en général et très-justement obligée des actes relatifs à l'état des personnes (art. 36, 37; *voy*. notre t. III, n° 55).

28. — Il est bien entendu que l'époux, qui se borne à consentir à l'adoption faite par son conjoint, ne contracte de la sorte aucun engagement.

29. — Le Code prussien exige en outre le consentement des père et mère de l'adoptant (art. 672), au profit desquels il maintient, lorsqu'ils n'ont pas consenti à l'adoption, leur droit à la réserve dans la succession de leur enfant (art. 673).

Nous n'avons rien de semblable (*infra*, n° 154);

et l'adoptant n'est pas tenu, chez nous, de demander le consentement de ses père et mère, sauf à le produire, en fait, s'il l'obtient, pour rendre son projet d'adoption plus favorable auprès des magistrats chargés de l'homologuer.

On a considéré sans doute que l'adoptant, âgé déjà de cinquante ans, doit être affranchi de toute gêne. Mais n'aurait-on pas pu du moins lui imposer l'obligation de demander le conseil de ses père et mère, surtout lorsqu'il s'agit de l'adoption rémunératoire, qui peut être faite après l'âge de vingt et un ans ? (Duranton, t. III, n° 282 ; D., *Rec, alph.*, v° *Adoption*, n° 77.)

30. — 6° Il faut enfin que l'adoptant jouisse d'une bonne réputation (art. 355).

C'est aux magistrats qu'il appartient surtout de garantir ainsi l'honneur de l'adoption et d'en éloigner toute pensée impure ; leur pouvoir à cet égard est d'autant plus discrétionnaire, que la loi ne les oblige pas de motiver leurs décisions (*infra*, n°s 93-95.)

31. — Voyons maintenant les conditions textuellement requises dans la personne de l'adopté.

1° Il faut qu'il soit majeur, c'est-à-dire âgé de vingt et un ans accomplis (art. 346, 488).

Les premiers projets portaient, au contraire, que les mineurs seuls pourraient être adoptés (*supra*, n° 5) ; aussi réservaient-ils à l'adopté, devenu majeur, la faculté de renoncer à l'adoption ; car on n'avait pas cru pouvoir autoriser les représentants du mineur, ni le mineur lui-même, à disposer irrévocablement de sa personne et de son état. Le mineur, il est vrai, peut contracter, par le mariage, un engagement bien plus sérieux que celui qui résulte d'une simple adoption ; mais notre honorable ami, M. Valette, a très-bien remarqué qu'il n'y avait pas lieu d'admettre une telle exception pour l'adoption, qui n'est pas, comme le

mariage, *une institution nécessaire et fondamentale* (sur Proudhon, t. II, 190, *a*).

Toutefois, cette faculté de renonciation imprimait au contrat d'adoption un caractère de révocabilité très-contraire à la nature des rapports immuables qu'il doit créer; et c'est précisément pour que l'adoption fût indissoluble, que le Code Napoléon a finalement exigé qu'elle n'eût lieu qu'après la majorité de l'adopté.

On ne peut disconvenir, d'un autre côté, que cette condition-là offre bien aussi ses inconvénients. L'adoptant doit avoir cinquante ans et l'adopté vingt et un ans au moins. Cette attente est bien longue! et ne sera-t-il pas souvent à craindre que la mort de l'adoptant ne vienne briser son projet avant l'époque où la loi lui permet seulement de l'accomplir? La disposition de l'article 366 atteste que ce danger n'a pas échappé au législateur; mais le remède qu'il y apporte est bien loin de le faire disparaître.

32. — Si l'adopté se trouvait dans l'impossibilité de représenter son acte de naissance, je crois qu'il pourrait le suppléer par un acte de notoriété dressé conformément aux articles 70 et 71. Cette condition me paraîtrait tout à la fois nécessaire et suffisante; car on peut bien, pour cette circonstance, assimiler l'adoption au mariage (*voy.* notre t. III, n°s 192-194).

33. — 2° Il faut que l'adopté, s'il n'a point vingt-cinq ans accomplis, obtienne le consentement de ses père et mère ou du survivant; et s'il est majeur de vingt-cinq ans, qu'il requière leur conseil (art. 346).

La loi, qui n'a exigé aucune condition de ce genre du côté de l'adoptant (*supra*, n° 29), a cru devoir soumettre à cette protection, et surtout à ce devoir de déférence, l'adopté, qui va consentir un acte dont le caractère pourrait être, en effet, très-blessant pour ses père et mère.

La disposition du Code Napoléon, sur ce point, est, à certains égards, moins rigoureuse que celle qui exige la même condition pour le mariage; mais elle est, sous d'autres rapports, plus sévère.

Ainsi, tandis que, pour le mariage, la fille n'est tenue d'otenir le consentement de ses père et mère que jusqu'à vingt et un ans (art. 148), l'article 346 ne fait, pour l'adoption, aucune différence entre le fils et la fille.

Tandis que, pour le mariage, en cas de dissentiment, le consentement du père suffit (art. 148), l'article 346 exige absolument, pour l'adoption, le consentement de l'un et de l'autre. Marcadé (t. II, art. 346; ajout. aussi Riffé, *de l'Adoption*, p. 54), qui enseigne l'opinion contraire, ne me paraît pas tenir assez de compte du texte absolu de cet article. Ce n'est pas, certes, une simple *disposition de détail* que celle qui autorise le mariage, malgré le refus de la mère, dès que le père y consent! (Proudhon, t. II, p. 195; Duranton, t. III, n° 289; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 637; Massé et Vergé, t. I, p. 344; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 517).

Il ne faut toutefois pas hésiter à appliquer à l'adoption l'article 149 et la première partie de l'article 150; l'impossibilité de la part de l'un des deux époux ou de la part de tous les deux de manifester une volonté, équivaudrait, en cette occasion, à leur décès. A l'impossible nul n'est tenu (comp. Demante, t. II, n° 79 *bis*, I et II).

34. — Mais, d'un autre côté, la loi se montre moins sévère.

Ainsi :

1° A défaut des père et mère, la loi n'exige pas, pour l'adoption, le consentement des ascendants du degré supérieur (comp. art. 148 et 346);

2° Après l'âge de vingt-cinq ans, un seul acte res-

pectueux suffit pour l'adoption sans distinction entre le fils et la fille (comp. art. 151, 154 et 346; comp. Zachariæ, Massé et Vergé, *loc. supra;* Aubry et Rau, *loc. supra*).

35. — Quant à la forme de l'acte portant consentement ou de l'acte respectueux, il est évident que ce sont là des détails réglementaires, pour lesquels la loi se réfère tacitement aux articles par lesquels elle a réglé, dans le titre du mariage, les formes des actes tout semblables (*supra*, n° 27).

36. — M. Taulier ajoute, par argument de l'article 153, que le contrat d'adoption ne pourrait être passé devant le juge de paix qu'un mois après l'acte respectueux (t. I, p. 445).

Cette solution suppose que le juge de paix aurait qualité pour vérifier si les conditions requises pour l'adoption sont remplies ; or, c'est là une doctrine que je me réserve d'examiner bientôt (*infra*, n° 113).

37. — En cas d'absence de l'ascendant, dont le consentement serait nécessaire, ou encore si le lieu du décès de l'ascendant était inconnu, je pense qu'il suffirait de remplir les conditions au moyen desquelles la loi dispense alors l'enfant, qui veut contracter mariage, de représenter ce consentement (*voy.* notre t. II, n° 233, B.; et notre t. III, n°s 40, 41).

De même que l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 155 dispenserait également l'adopté de faire un acte respectueux (t. III, n° 63).

38. — L'époux, qui se donne en adoption, doit-il obtenir le consentement de son conjoint?

Delvincourt répond affirmativement, sans distinguer entre le mari et la femme (t. I, p. 95, note 10). L'auteur invoque *a fortiori* la disposition de l'article 344, et ajoute que la « femme, devant porter le nom de son mari et l'adopté devant joindre son nom à celui de

l'adoptant, il semble convenable que le mari ne puisse forcer sa femme à prendre un autre nom que celui qu'elle a porté jusqu'alors. »

Ces raisons ne me paraissent pas décisives, et je crois qu'une distinction est nécessaire.

Aucun texte spécial n'exige que l'adopté, s'il est marié, obtienne le consentement de son conjoint ; et c'est même un argument *a contrario*, qu'il faut déduire, en ce sens, de l'article 344. On a considéré peut-être que l'adoption n'offrait pas alors les mêmes dangers pour la paix du ménage ; car, s'il est vrai que l'adopté doit des aliments à l'adoptant qui se trouve dans le besoin (art. 350), celui-ci néanmoins n'acquiert aucun droit de successibilité vis-à-vis de l'adopté ; et le conjoint de l'adopté n'a dès lors à craindre aucun avantage, aucune préférence soit à son propre détriment, soit au détriment des enfants qu'il pourrait avoir par la suite. Quel que soit, au reste, le mérite de ces motifs, par lesquels le silence de la loi peut être expliqué, ce silence existe ; et le mari, pour être adopté, n'est pas tenu de requérir le consentement de sa femme.

Mais je n'en dirais pas autant de la femme; le principe de l'autorité maritale serait profondément atteint par cette liberté qui lui serait laissée de se donner en adoption sans le consentement de son mari. L'article 213, en ce qui la concerne, suffit, à défaut de texte spécial, pour exiger qu'elle ne puisse seule disposer ainsi d'elle-même par un contrat qui pourrait souvent blesser les plus légitimes susceptibilités du mari. Tout au moins lui faudrait-il, suivant le droit commun, l'autorisation de la justice, en cas de refus du mari (comp. Duranton, t. III, n° 293; Taulier, t. I, p. 445; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 638 ; Massé et Vergé, t. I, p, 344 ; Demante, t. II, n° 80 ; D., *Rec. alph.*,

v° *Adoption*, n° 110, *voy.* notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 165.)

39. — 3° Enfin nul ne peut être adopté par plusieurs, si ce n'est par deux époux (art. 344).

Il faut donc que l'adopté n'ait pas déjà été l'objet d'une adoption antérieure, à moins que ce ne soit de la part du conjoint de celui qui veut actuellement l'adopter.

L'adoption, telle que nos lois l'ont organisée, n'est sans doute qu'une très-imparfaite image de la nature; mais il convenait pourtant de ne pas mettre cette fiction en contradiction trop ouverte avec la vérité. On n'a donc pas voulu que la même personne pût avoir plusieurs pères adoptifs ou plusieurs mères adoptives. Ces adoptions d'ailleurs auraient pu donner lieu, entre les divers adoptants, à des conflits, à des rivalités très-regrettables (*infra*, n° 70).

Il est vrai que la fiction n'aurait été, au contraire, que plus conforme à la nature, lorsque l'adopté aurait acquis à la fois, par l'adoption, un père et une mère; mais il y aurait eu, dans ce cas, un autre danger, si ce père et cette mère adoptifs n'avaient pas été mariés; le danger d'une espèce de légitimation, qui aurait pu détourner du mariage les père et mère de l'enfant naturel, au grand détriment de l'intérêt général de la société et des intérêts particuliers de l'enfant.

40. — Mais deux époux peuvent très-bien adopter la même personne : la fiction s'accorde alors, sans inconvénient et sans danger, avec la nature; et les deux adoptions peuvent avoir lieu soit en même temps, soit successivement. Rien ne s'y oppose, ni dans l'une ni dans l'autre hypothèse.

41. — Le texte de l'article 344 est absolu; et quoique les motifs sur lesquels il repose n'existent

plus, du moins au même degré, lorsque le premier adoptant est mort, il nous paraît néanmoins s'opposer toujours à ce que celui qui a été adopté une première fois, soit ensuite l'objet d'une seconde adoption.

42. — Les différentes conditions, que nous venons de parcourir, sont formellement exigées par les textes mêmes de la loi.

Il nous reste à examiner s'il n'existe pas encore certaines conditions, certains empêchements, qui, sans avoir été l'objet d'une disposition spéciale, dériveraient suffisamment soit des principes généraux du droit, soit des principes particuliers de l'adoption.

Point de doute d'abord, que le consentement des deux parties ne soit nécessaire, conformément aux règles générales en matière de convention (art. 1101, 1111, etc.); car l'adoption est un contrat (art. 353).

43. — Que le célibat ne soit pas un empêchement à l'adoption, c'est un point qui n'est pas moins certain.

On avait proposé, il est vrai, de réserver le bienfait de l'adoption aux individus mariés ou veufs, et de l'interdire aux célibataires de l'un et de l'autre sexe, *excepté à ceux qui justifieraient d'infirmités naturelles assez graves pour qu'ils aient dû s'abstenir du mariage* (Locré, t. VI, p. 396 et 433).

Mais ce projet a été repoussé, et très-justement. Rien n'eût été plus difficile et plus arbitraire que l'appréciation des causes qui peuvent retenir telle ou telle personne dans le célibat; et il n'est pas d'ailleurs sérieusement à craindre que la possibilité d'une adoption éloigne un grand nombre d'individus du mariage.

44. — Il est bien entendu aussi que les hommes comme les femmes peuvent également adopter ou être adoptés (*voy.* l'art. 343).

45. — La conformité de sexe entre l'adoptant et l'adopté n'est pas non plus requise.

L'un des projets, à la vérité, portait que « nul ne peut adopter que des individus de son sexe, à moins que les individus d'un sexe différent ne soient neveux ou nièces, petits-neveux ou petites-nièces, cousins ou cousines au premier degré de l'adoptant. » (Locré, t. VI, p. 396.)

Mais ce projet a été aussi repoussé. Les épreuves auxquelles l'adoption est soumise ont paru offrir de suffisantes garanties.

46. — La jouissance des droits civils est encore une condition nécessaire pour l'adoptant aussi bien que pour l'adopté.

Si notre titre ne l'exprime pas spécialement, c'est qu'il s'est occupé surtout des conditions particulières au contrat d'adoption, sans vouloir l'exempter d'ailleurs des conditions générales de la loi commune; or, c'est assurément exercer un droit civil que de consentir à une adoption, soit comme adoptant, soit comme adopté; donc, il faut que les deux parties aient la jouissance des droits civils.

47. — Aussi, avant la loi du 21 mai 1854, qui a aboli la mort civile, nul n'hésitait à déclarer le mort civilement, incapable d'adopter ou d'être adopté (*voy.* notre t. I, n° 208; Besançon, 28 janv. 1808, Talbert, D., *Rec. alphab.*, v° *Adoption*, n° 70).

48. — Quant à l'étranger, la question est controversée.

On a prétendu que l'adoption, ne produisant aucun changement de famille ni de nationalité, et se bornant à la transmission par l'adoptant à l'adopté de son nom et de ses biens, rien ne s'oppose à ce qu'elle s'accomplisse entre un Français et un étranger (comp. Zachariæ, t. IV, p. 6; Valette sur Proudhon, t. I, p. 177;

Taulier, t. I, p. 456; Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers en France*, p. 362, 363).

Mais d'abord, l'adoption est certes tout autre chose qu'une simple institution contractuelle! c'est un acte de l'état civil, dont le but essentiel est de créer des rapports fictifs et purement civils de paternité et de filiation. Le droit de successibilité n'en est, au profit de l'adopté, que la conséquence; de telle sorte que, même depuis la loi du 14 juillet 1819, qui a permis aux étrangers de disposer, de recevoir et de succéder en France, l'adoption elle-même ne leur est pas pour cela permise; car elle n'est pas une simple désignation d'héritier, elle est une institution spéciale, une institution de nos lois civiles; or, nos lois civiles sont faites uniquement pour les Français, à moins qu'une concession expresse ou tacite n'en ait communiqué le bénéfice aux étrangers, et il n'en existe aucune en ce qui concerne l'adoption; donc, les étrangers ne peuvent adopter ou être adoptés que dans les cas prévus par les articles 11 et 13 du Code Napoléon.

On avait proposé de distinguer, entre l'adoption *active* et l'adoption *passive*, d'autoriser l'adoption d'un Français par un étranger, tout en défendant l'adoption d'un étranger par un Français, parce que la première est tout à l'avantage du Français. Mais les principes de droit public et privé, qui précèdent, ne me paraissent comporter aucune distinction de ce genre (comp. Cass., 25 août 1823, Dugied, Sirey, 1823, I, 353; Cass., 22 nov. 1825, Sander, D., 1825, I, 7; Cass., 7 juin 1826, Canillac, D., 1825, I, 299; Aix, 17 avril 1832, Pérosso, D., 1832, II, 112; Merlin, *Quest. de droit*, t. VII, v° *Adoption*, § 2; Duranton, t. III, n° 287; Odilon Barrot, *Encyclop. du droit*, n° 31; Marcadé, art. 346, n° 2; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 635; Demante, t. II, n° 80 *bis*, II; *voy.* aussi notre *Traité*

de la publication, des effets et de l'application des lois en général, etc., n° 245).

49. — On considère généralement que l'adoptant et l'adopté doivent avoir non pas seulement la *jouissance*, mais encore l'*exercice* des droits civils.

D'où il suit que l'interdiction légale ou judiciaire formerait un empêchement à l'adoption (art. 29 C. pén.; art. 489 C. Nap.; Zachariæ, t. IV, p. 5, 6; Marcadé, art. 346, n° 2).

Toutefois nous avons essayé d'établir que l'interdiction légale, prononcée par l'article 29 du Code pénal, s'appliquait surtout aux actes concernant le patrimoine du condamné (*voy.* notre *Traité* précité, n° 192, et t. III, n° 130).

Et quant à l'interdiction judiciaire, il nous a paru qu'elle ne privait pas non plus l'individu, qui en est frappé, de l'exercice de ces facultés essentiellement personnelles, qui ne sont pas susceptibles d'être exercées par délégation, et qu'il pouvait être au contraire admis à les exercer pendant ses intervalles lucides (*voy.* notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n° 129).

Nous en avons conclu que l'interdiction soit légale, soit judiciaire, n'était point, par elle-même et par elle seule, un empêchement de mariage. Si cette théorie est exacte, comme nous le pensons, il en résulte que l'interdiction ne formerait pas non plus un empêchement à l'adoption.

Que l'adoption ne soit pas aussi favorable que le mariage, j'en conviens; et c'est précisément cette différence qui rend ici plus difficile l'application des principes que nous avons proposés. Pourtant la seule question est de savoir si ces principes, par lesquels nous croyons avoir prouvé que l'interdiction ne produit pas un empêchement de mariage, sont également

applicables à l'adoption ; or, l'identité, sous ce rapport, nous paraît incontestable.

50. — L'enfant naturel reconnu peut-il être adopté par son père ou par sa mère ?

Cette question est sans contredit l'une des plus importantes que le Code Napoléon ait soulevées ; importante non pas seulement au point de vue juridique et social, mais aussi sous le rapport des intérêts considérables qui s'y trouvent engagés pour un grand nombre de familles.

La lutte a commencé aussitôt après la promulgation du Code ; et elle n'a pas cessé, depuis lors, d'agiter la doctrine et la jurisprudence. On pouvait croire qu'elle touchait à son terme et que la thèse, favorable à l'adoption de l'enfant naturel, allait définitivement triompher, du moins dans la pratique. Quinze cours impériales, sur dix-neuf, avaient en effet maintenu cette adoption. Pourtant la Cour de cassation ne s'était pas encore prononcée ; elle s'est prononcée enfin, il y a déjà un certain nombre d'années, mais de telle sorte que la controverse, qui semblait expirante, s'est ranimée avec plus d'ardeur que jamais.

Par un premier arrêt du 28 avril 1841, la chambre civile de la Cour de Cassation jugea que notre Code ne s'oppose point à l'adoption de l'enfant naturel par le père ou la mère qui l'a reconnu (Boirot, Dev., 1841, I, 273). Cette décision, qui consacrait la jurisprudence de la très-grande majorité des cours impériales, fut considérée comme *un arrêt de principe qui devait faire cesser toute controverse* (Devilleneuve).

Mais voici que le 16 mars 1843, la chambre civile de la Cour de Cassation, rétractant sa propre doctrine, déclare que cette adoption est défendue (Thoreau, Dev., 1843, I, 177).

La sensation fut profonde ; et le retentissement que

cette décision avait eu dans le monde judiciaire, durait encore, lorsque la Cour suprême, même chambre civile, rétractant cette fois sa seconde décision, jugea que cette adoption est permise! (1er avril 1846, Bouleau, Dev., 1846, I, 273.)

Que cette instabilité soit infiniment regrettable, ce n'est pas moi qui le nierai; surtout lorsque l'exemple en est donné par la cour régulatrice, dont la haute mission est précisément de fonder et de maintenir l'unité, la fixité de notre jurisprudence (*voy.* notre *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, préface, p. 6, 7).

Mais cette instabilité même est une preuve éclatante de l'incontestable difficulté du problème qu'il s'agit de résoudre.

La Cour de Cassation a-t-elle enfin dit son dernier mot? les partisans de la validité de l'adoption l'affirment, et sans doute de jour en jour avec plus de vraisemblance. Mais pourtant après de telles oscillations, ce n'est que dans un arrêt solennel rendu par les chambres réunies, qu'on pourrait trouver la garantie d'une jurisprudence désormais irréfragable.

Il faut ajouter aussi que les jurisconsultes (et je parle des plus illustres), sont eux-mêmes tombés dans cet état de perplexité et de scepticisme, où cette difficile question a mis la cour souveraine. C'est ainsi que Grenier (n° 35) et Toullier (t. II, n° 988), après avoir enseigné d'abord que cette adoption est défendue, ont enseigné depuis qu'elle est permise; c'est ainsi que Merlin a trois fois changé d'opinion : d'abord *contre* l'adoption, il s'est ensuite déclaré *pour*, et il est revenu finalement à son premier sentiment (*Rép.*, v° *Adoption*, § 3 et 4, t. I et t. XVI).

Pour notre part, quelle que doive être, en pratique, la solution définitive, nous ne pensons pas qu'une

telle adoption soit juridique et nous allons essayer de l'établir.

31. — Mais voyons d'abord les moyens par lesquels on en a soutenu la validité :

1° Ce que la loi ne défend pas, est permis; dans notre droit, la capacité est la règle, et l'incapacité, l'exception (arg. des articles 902, 1123);

Or, le Code Napoléon ne défend pas l'adoption de l'enfant naturel par le père ou la mère qui l'a reconnu;

Donc, cette adoption est permise.

2° Que cette défense ne soit prononcée par aucun texte spécial, cela est incontesté.

Mais on a prétendu qu'elle résultait implicitement soit de plusieurs textes du Code Napoléon, soit des principes essentiels du contrat d'adoption.

Des textes du Code : c'est ainsi qu'on a invoqué plusieurs articles relatifs à certaines conditions et à certaines conséquences de l'adoption, qui ne peuvent pas en effet se réaliser dans l'adoption d'un enfant naturel. On a dit par exemple : l'article 346 exige que l'adopté, qui n'a pas atteint vingt-cinq ans, rapporte le consentement de ses père et mère; or, cette condition serait impossible de la part de l'enfant naturel vis-à-vis de son père, qui serait lui-même l'adoptant; donc, l'article 346 suppose l'impossibilité de cette adoption. — L'article 347 déclare que l'adoption conférera le nom de l'adoptant à l'adopté, en l'ajoutant au nom propre de ce dernier; or, la reconnaissance a déjà conféré à l'enfant naturel le nom de son auteur. — L'article 348 annonce que l'adopté restera dans sa famille naturelle; l'article 349 ajoute que l'obligation alimentaire *qui continuera d'exister entre l'adopté et ses père et mère*, sera commune à l'adoptant et à l'adopté, l'un envers l'autre; donc, tous ces

articles supposent que l'adopté n'est pas déjà l'enfant de l'adoptant.

Mais il s'en faut que toutes ces inductions soient concluantes. Les conditions exigées par le Code Napoléon, pour l'adoption, sont de deux sortes : les unes absolues; les autres, relatives.

Les premières sont toujours requises, elles sont inévitables : ainsi l'âge de cinquante ans de la part de l'adoptant, l'absence de tout enfant légitime, la majorité de l'adopté, etc. (art. 345, 346).

Les autres au contraire sont relatives à la position personnelle de l'adopté et à des circonstances particulières et variables. Elles ne sont pas de l'essence de l'adoption; elles sont ou elles ne sont pas requises, suivant les cas. Il faut que l'adopté qui n'a pas vingt-cinq ans, rapporte le consentement de ses père et mère! — Sans doute, lorsqu'il a encore ses père et mère; mais s'il ne les a plus, s'il ne les a jamais connus, cette condition n'est pas nécessaire. — L'adoption confère à l'adopté le nom de l'adoptant! — Sans doute, lorsque les deux noms ne sont pas les mêmes; mais si un neveu porte le même nom que son oncle, en conclurez-vous qu'il ne peut pas être adopté par lui, parce que cet effet de l'adoption serait alors impossible? non certainement; eh bien! l'adoption de l'enfant naturel reconnu n'est pas davantage interdite, parce que certaines conditions accidentelles ou certains effets secondaires de l'adoption ne peuvent pas se réaliser dans ce cas.

On a objecté encore l'article 345, d'après lequel la faculté d'adopter ne peut être exercée qu'envers l'individu, à qui l'on aura, dans sa minorité et pendant six ans au moins, fourni des secours ou donné des soins non interrompus; article qui exige que l'adoption ait été préparée par des actes libres et spon-

tanés de bienfaisance; or, le père et la mère naturels qui donnent des soins et fournissent des secours à leur enfant, ne font que remplir un devoir rigoureux; donc, ils ne se trouvent pas dans les conditions de la loi; pas plus que l'enfant naturel lui-même qui sauverait son père des flammes ou des flots, ne satisferait, par l'accomplissement de ce devoir, à cette condition de pur dévouement, que l'article 345 exige dans l'adoption rémunératoire.

Mais cette objection exagère la condition exigée par l'article 345; elle en méconnaît le but intelligent et raisonnable. Ce que veut la loi, c'est la preuve de certains rapports antérieurs entre l'adoptant et l'adopté; de rapports de protection, de bonté, de la part de l'un envers l'autre; or, la paternité même n'est-elle pas la meilleure garantie des sentiments que ces rapports ont dû cimenter?

Les textes du Code Napoléon ne prononcent donc cette défense ni directement ni indirectement. Loin de là! l'article 343 ne défend l'adoption qu'à ceux qui ont des enfants *légitimes*.

A défaut de texte, on a invoqué les principes; on a dit : l'adoption est une imitation de la nature; elle a essentiellement pour but de suppléer par une paternité fictive à l'absence de la paternité réelle; or, la fiction ne saurait concourir avec la réalité; elle ne saurait créer ce qui existe.

Cette objection n'est pas plus décisive. Est-ce que autrefois en droit romain, le père ne pouvait pas adopter son fils naturel et même aussi son fils légitime émancipé? oui certainement (L. 12, 41, 46, ff. *de Adopt.*); donc, il n'y a point d'incompatibilité entre la qualité d'enfant naturel et celle d'enfant adoptif de la même personne. Et puis d'ailleurs l'adoption n'est, dans notre droit surtout, qu'une imitation très-impar-

faite de la nature; il n'y a aucune impossibilité, ni juridique ni naturelle, qui fasse obstacle à ce que la paternité fictive, qui en résulte, concoure avec la paternité réelle.

3° Les articles 338, 908 et 911, ont fourni aux adversaires de l'adoption de l'enfant naturel un autre argument : la loi, dans l'intérêt de la morale publique, n'a pas voulu que les droits de l'enfant naturel dans la succession de ses auteurs fussent égaux à ceux de l'enfant légitime, et elle ne permet au père ou a la mère de cet enfant d'augmenter, par aucun moyen, la part qu'elle lui a faite ; or, l'adoption serait un moyen indirect de conférer à l'enfant naturel la totalité de la succession de son auteur; donc, elle constituerait une fraude à la loi et une violation des articles 338 et 908.

Mais cet argument commence par poser comme une prémisse incontestable que l'enfant naturel ne peut jamais avoir sur la succession de son auteur des droits égaux à ceux de l'enfant légitime. Or, c'est là précisément ce qui est en question ! il s'agit de savoir si l'enfant naturel, une fois adopté, ne devient pas au contraire capable de recueillir, comme un enfant légitime, la succession de son auteur. Et cette dernière proposition est la seule juridique; en effet, les articles 338, 908 et 911, ne déclarent incapable que l'enfant naturel, en cette qualité, et demeurant toujours tel; or, l'adoption a conféré à cet enfant un titre nouveau, une nouvelle qualité; ce n'est plus l'enfant naturel qui se présente à la succession de son auteur, c'est une nouvelle personne juridique ; c'est l'enfant adoptif qui vient, aux termes de l'article 350, recueillir la succession de l'adoptant; donc, les articles 338 et autres ne sont plus applicables. L'adoption n'est pas une simple transmission de biens; c'est un acte de l'état civil.

4° Il est si vrai que les rédacteurs du Code n'ont pas voulu défendre l'adoption de l'enfant naturel, qu'ils ont rejeté un article d'un projet qui décrétait précisément cette défense.

Cet article était ainsi conçu :

« Celui qui a reconnu, dans les formes établies par « la loi, un enfant né hors mariage, ne peut l'adop- « ter ni lui conférer d'autres droits que ceux qui ré- « sultent de cette reconnaissance; mais, hors ce cas, « il ne sera admis aucune action tendant à prouver « que l'enfant adopté est l'enfant naturel de l'adop- « tant. » (Locré, t. VI, p. 366.)

Cet article était d'autant plus nécessaire, si on avait en effet la volonté de défendre cette espèce d'adoption, qu'avant le Code Napoléon on tenait pour certain que l'enfant naturel même reconnu pouvait être adopté par son père ou par sa mère; or, cet article a été rejeté; donc, les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas voulu interdire cette adoption.

5° Eh ! pourquoi donc l'auraient-ils interdite ? Il faut bien sans doute garantir l'honneur du mariage; pour atteindre ce but, on a dû presque toujours infliger à l'enfant naturel lui-même la peine d'une faute dont il est pourtant la première victime; ainsi l'exigeait l'ordre général de la société. Mais si telle est la cause des rigueurs législatives dont ces enfants sont l'objet, telle en doit être aussi la mesure et la limite. Les sévérités de la loi ne seraient plus, au delà, qu'une inutile cruauté, contraire elle-même à l'ordre public. C'est ainsi que notre Code Napoléon a autorisé la légitimation de l'enfant naturel par le mariage subséquent de ses père et mère; il est vrai que cette espèce de réparation satisfait directement la société elle-même dans le tort que le désordre lui avait causé; aussi cette légitimation est-elle admise, sans condition aucune, pour tous les père

et mère naturels, dès qu'ils peuvent contracter mariage ensemble. Mais si ce mariage était devenu impossible par la mort ou la démence de l'un d'eux; s'il était impossible par le refus de l'un d'eux ou par toute autre circonstance, pourquoi donc refuser à l'autre le moyen de réparer, autant qu'il est en lui, sa faute envers l'enfant? Supposez même, avec M. Dupin (Dev., 1841, I, 287), que les père et mère se marient pour réparer leur faute, mais qu'ils oublient de reconnaître préalablement leur enfant. La légitimation n'a pas eu lieu et n'est plus désormais possible. (Art. 331.) L'adoption seule pourrait rendre cet enfant légitime vis-à vis de ses père et mère actuellement mariés; une telle adoption ne serait-elle pas morale? Est-ce que d'ailleurs les épreuves auxquelles l'adoption est soumise, et surtout l'intervention de l'autorité judiciaire, ne sont pas toujours de suffisantes garanties? et lorsque l'auteur d'un enfant naturel aura exposé les circonstances qui peuvent parfois, non pas excuser sans doute, mais du moins expliquer sa faiblesse, lorsqu'il aura, par son repentir, par sa conduite honorable et paternelle envers l'enfant, expié, racheté même cette faiblesse, n'est-il pas moral et politique de lui donner un moyen de réparation! Tel était autrefois l'office de la légitimation *par lettres du prince*, et telle doit être aujourd'hui pour nous l'adoption, le seul mode de légitimation imparfaite que nous ayons.

Il y aurait d'autant plus d'imprévoyance et de dureté à défendre l'adoption de l'enfant naturel, que cette défense deviendrait le plus souvent, pour l'enfant, pour ses père et mère et pour la société, la cause d'un résultat très-funeste. Il arriverait, en effet, que le père ou la mère ne reconnaîtrait pas son enfant, afin de pouvoir l'adopter plus tard; et si la mort ou les infirmités l'empêchaient de réaliser son projet, l'enfant

serait absolument privé de son état et de tous ses droits !

La doctrine, qui autorise cette adoption, est enfin très-conforme aux mœurs de notre société actuelle; or, les lois doivent assurément ne pas se mettre en lutte ouverte avec les mœurs du pays dans ce qu'elles ont d'humain et de charitable. Est-ce que d'ailleurs cette adoption aurait été autorisée par tant de jurisconsultes et de magistrats, si elle était, en effet, contraire à l'ordre public et à la morale !

Qu'on n'objecte pas que si l'adoption de l'enfant naturel est déclarée possible, on n'a plus aucun moyen d'empêcher l'adoption de l'enfant adultérin ou incestueux. D'abord le Code Napoléon, en défendant la légitimation de cette classe d'enfants, même par le mariage subséquent de leurs père et mère (art. 331), a ainsi défendu *a fortiori* leur adoption. Et puis les magistrats, chargés de la souveraine appréciation de la convenance et de la moralité de l'adoption, sauraient bien toujours empêcher un tel scandale.

Telle est la théorie qui a été consacrée par un très-grand nombre d'arrêts de cours impériales; je n'entreprendrai pas de les citer tous, d'autant moins que la plupart ne sont pas motivés (*infra*, n° 95). Je rappellerai seulement les arrêts les plus récents, ceux-là surtout qui offrent un intérêt scientifique, parce que, ayant eu à se prononcer sur la question elle-même, ils ont dû être motivés (comp. Orléans, 4 mai 1832, Aveline, Dev., 1833, II, 26; Lyon, 6 fév. 1833, Guichard, Dev., 1833, II, 214; Toulouse, 2 juin 1835, Gaubert; Rennes, 30 mars 1835, Maignen; Paris, 13 nov. 1835, Tronchant, Dev., 1835, II, 553, 554; Rennes, 10 juin 1838, N...., Dev., 1838, II, 491; Dijon, 30 mars 1844, Peyrard, Dev., 1844, II, 271; Angers, 12 juillet 1844, Bazoin, Dev., 1844, II, 309; Bor-

deaux, 30 janv. 1845, Pons, Dev., 1845, II, 65 ; Montpellier, 24 avril 1845, Tourret, Dev., 1845, II, 295 ; Paris, 13 mai 1854, Lh...., Dev., 1854, II, 494 ; Douai, 24 mars 1860, Pisson, *J. du P.*, 1860, p. 391 ; Locré, *Législ. civ.*, t. V, p. 378, et t. VI, p. 364 ; Grenier, n° 35 ; Proudhon et Valette, t. II, p. 217-220 , Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 202 et suiv. ; Rolland de Villargues, *des Enfants naturels*, n°s 145-148 ; Duvergier sur Toullier, t. I, p. 162, n° 988, note *b ;* Duranton, t. III, n° 293 ; D., *Rec. alph.*, nouv. édit., v° *Adoption*, n°s 116 et suiv. ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 638-640 ; Richefort, *de l'État des familles*, t. II, n° 284; Dev., 1845, II, 201 ; ajout. Taulier, t. I, p. 459).

52. — Je vais exposer les quatre motifs principaux qui me déterminent, au contraire, à penser que l'adoption de l'enfant naturel par le père ou la mère, qui l'a reconnu, ne doit pas être permise :

1° Elle me paraît incompatible avec le caractère essentiel de l'adoption ;

2° Cette incompatibilité éclate partout, et devient aussitôt, dans notre Code, la source d'une foule de difficultés et de contradictions ;

3° L'argument que l'on a déduit des discussions préparatoires n'est pas, à beaucoup près, concluant ;

4° Enfin, les considérations les plus élevées de morale publique protestent contre cette espèce d'adoption.

Quelques mots sur ces différents motifs :

1° L'adoption a pour objet essentiel d'*établir*, de *créer* entre deux personnes des rapports de paternité et de filiation, de leur permettre de s'appeler désormais des noms de père et de fils, de produire entre elles une fiction qui emprunte à la nature son lien le plus étroit et le plus sacré ;

Or, le père ou la mère naturels et leur enfant re-

connu sont déjà unis, aux yeux de la loi elle-même, par les rapports de la paternité et de la filiation ;

Donc, l'adoption est, dans ce cas, impossible; car le but essentiel qu'elle se propose est atteint ! car ce lien, qu'elle a pour objet de *créer* par fiction, par imitation, il existe par la nature elle-même et par le sang !

La loi civile peut bien alors régler les effets de ce lien, déterminer les conséquences de ces rapports ; mais les *établir*, mais les *créer*, elle ne le peut pas ! une telle prétention serait monstrueuse.

Qu'est-ce à dire ? que l'adoption, appliquée à deux personnes déjà unies par des rapports naturels de paternité et de filiation, ne peut avoir pour but que de modifier les effets juridiques de ces rapports, de leur attribuer plus d'étendue qu'à ceux qui résultaient d'une simple reconnaissance ;

Or, l'adoption, encore une fois, a pour objet avant tout, pour objet final et prédominant, de *créer* elle-même les rapports de paternité et de filiation; adopter, c'est choisir (*optare*) pour votre fils un individu qui ne l'est pas déjà ! *adoptio est actio legis, qua* QUI FILIUS MEUS NON EST, *ad vicem filii redigitur* (Cujas);

Donc, la prétendue adoption d'un enfant naturel par le père ou la mère qui l'a reconnu n'est pas une *adoption*. Vous appellerez en vain de ce nom un tel acte ! la force essentielle des choses y résiste. Vous aurez une extension des effets civils de la reconnaissance; vous aurez une espèce de *légitimation*, mais une vraie *adoption*, c'est bien impossible !

N'objectez pas dès lors qu'aucun texte ne prohibe cette adoption et n'en déclare l'enfant naturel incapable. — Il ne s'agit pas d'une incapacité, a très-bien dit M. Odilon Barrot (*Encyclop. du droit*, v° *Adoption*, n° 32); il s'agit d'une impossibilité absolue et sub-

stantielle, d'une impossibilité inhérente au caractère de l'adoption, et qui n'avait pas besoin d'être écrite. Est-ce qu'il y a un texte qui prohibe l'adoption à terme ou sous condition résolutoire? non, et pourtant nul ne soutiendra qu'une adoption pourrait être faite à terme ou sous condition; pourquoi? parce que ces sortes de modalités sont profondément incompatibles avec son caractère essentiel. Eh bien! il en est de même dans notre hypothèse; car si on ne peut pas être fils d'un tel *à terme* ou *sous condition*, on ne peut pas davantage, quand on l'est déjà, le *devenir!* On a déduit, à ce propos, un bien étrange argument de l'article 350, qui ne défend l'adoption qu'à ceux qui ont des enfants *légitimes*. Je vois bien qu'il résulte de cet article que celui qui a un enfant naturel reconnu n'est pas incapable d'adopter; mais en conclure qu'il peut adopter son enfant naturel lui-même, c'est assurément se méprendre. Si la loi eût permis l'adoption à l'individu qui n'aurait qu'un enfant légitime, vous n'en auriez point conclu que cet individu pourrait adopter son enfant légitime lui-même! et pourtant l'argument eût été absolument pareil.

Il n'y a pas de texte non plus qui prohibe l'adoption d'un mari par sa femme ou d'une femme par son mari; et pourtant nul ne soutiendra qu'une telle adoption soit possible; pourquoi? parce que le même individu ne peut pas être à la fois le père et le mari de la même femme; or, il y a une impossibilité non moins substantielle à ce que celui qui est le père d'un enfant puisse *devenir* ce qu'il est déjà, et *acquérir* une qualité qui lui appartient.

Mais, a-t-on dit, l'adoption des enfants naturels par leur auteur a été, pendant une longue suite de siècles, autorisée par les lois romaines; donc, elle n'est pas contraire aux principes essentiels de cette institution

(L. ult., ff. *de His qui sui vel alieni juris;* L. ult. ff. *de Adopt. et Emanc.*).

Je ne discuterai pas la question de savoir si cette adoption était permise à Rome, quoique pourtant notre collègue de Toulouse ait élevé à cet égard des doutes fort sérieux (Benech, *de l'Illégalité de l'adoption des enfants naturels*, p. 10, et suiv.). Il me suffit de rappeler que le droit romain ne saurait avoir ici pour nous aucune autorité. Que de différences en effet! la parenté naturelle, à Rome, n'était rien; la parenté civile était tout; hors de l'*agnation*, nul lien juridique de famille! Le père était, aux yeux de la loi civile, étranger à son enfant naturel, comme le père à son enfant même légitime, lorsque l'émancipation avait brisé entre eux le lien de famille; comme la mère était étrangère à tous ses enfants; et voilà pourquoi l'adoption, toujours impossible de la part de la mère, de la part de la femme, était au contraire toujours possible de la part du père, non-seulement envers son enfant naturel, mais même aussi envers son enfant légitime émancipé. C'est qu'elle pouvait créer entre eux, aussi bien qu'entre deux étrangers, ce lien d'agnation, le seul que la loi civile reconnût; or, personne, bien entendu, chez nous, ne soutiendrait que le père peut adopter son fils légitime émancipé; donc, on ne saurait non plus invoquer l'exemple du droit romain en ce qui concerne l'adoption de l'enfant naturel; car elle était aussi la conséquence de la même organisation de la famille, organisation religieuse et aristocratique, pour laquelle l'adoption était surtout un moyen politique de recrutement et de conservation. Aussi, lorsque plus tard le type romain s'efface, lorsque la famille naturelle remplace cette famille toute civile, vous voyez les constitutions impériales défendre elles-mêmes l'adoption des enfants naturels et restituer à

cette institution son vrai caractère : *Manere illam in suis terminis volumus.* (Nov. 74, cap. 3.)

Enfin, pour soutenir que l'adoption de l'enfant naturel n'est pas contraire aux principes essentiels de cette institution, M. Duvergier a dit encore :

« Où serait donc le non-sens, l'incohérence, l'impossibilité dans une loi qui dirait : « Si le père d'un enfant naturel exécute les prescriptions au moyen desquelles chacun peut adopter un enfant, qui lui est étranger, en ce cas, l'enfant sera élevé au-dessus de sa condition ordinaire ; il sera traité à peu près comme s'il était légitime, il deviendra l'enfant adoptif de celui dont il était l'enfant naturel. » « Qu'on allègue que cette loi n'existe pas, soit; mais qu'on ne dise pas qu'elle ne peut pas exister. » (Sur Toullier, t. II, n° 988, note *b*.)

Oui, sans doute, cette loi pourrait exister; mais elle dénaturerait profondément l'acception du mot et le caractère de l'institution elle-même. En déclarant que l'enfant naturel *adopté sera élevé au-dessus de sa condition ordinaire et traité à peu près comme s'il était légitime*, c'est-à-dire en modifiant seulement les effets de la filiation naturelle, elle autoriserait ainsi la légitimation, mais elle ne pourrait pas faire que l'adoption ainsi détournée de son objet, conservât son véritable caractère et ne cessât pas d'être ce qu'elle est. Eh! sans doute, en fait, cela est possible! Un grand nombre d'enfants naturels reconnus ont été adoptés par leurs auteurs depuis le Code Napoléon, et même avant, sous l'empire de la loi du 18 septembre 1792, où les enfants incestueux et adultérins ont été aussi adoptés. — Adoptés ! non, dans la vérité juridique; mais adoptés par abus, par corruption de l'institution; non pas *adoptés* véritablement, mais *légitimés !*

2° Aussi toutes les dispositions du Code Napoléon témoignent-elles de cette incompatibilité absolue entre la qualité d'enfant naturel et celle d'enfant adoptif de la même personne.

Voyez d'adord tous ces articles qui exigent des conditions impossibles à remplir, soit de la part du père ou de la mère naturels, soit de la part de leur enfant.

L'article 345, par exemple, veut que l'adoptant ait librement exercé des actes de bienfaisance envers l'adopté, ou que l'adopté ait montré pour l'adoptant un dévouement absolu. Or, cette condition-là, avec le caractère spécial que la loi y attache, est-elle possible entre l'enfant naturel et son auteur? l'accomplissement même le plus complet de tous les devoirs de la paternité et de la filiation ne saurait être considéré comme un *bienfait*, comme un acte de *générosité*, pas plus que le dévouement du médecin pour son malade, dévouement qui n'est que la dette obligée de sa profession (Odilon Barrot, *Encyclop.*, n° 49; *infra*, n° 60). Est-ce que l'article 361 serait applicable entre l'enfant naturel et l'auteur qui l'aurait reconnu? Est-ce que celui-ci pourrait demander à s'*attacher son enfant par un titre légal pour devenir son tuteur officieux?* Un titre légal! mais n'est-il pas son père aux yeux de la loi! — Son tuteur officieux! mais n'a-t-il pas la puissance paternelle, et comment pourrait-il *contracter* l'obligation de *nourrir son enfant, de l'élever et de le mettre en état de gagner sa vie?* (Art. 364.) Est-ce que telle n'est pas déjà la plus sacrée de ses obligations?

L'article 346 veut que l'adopté soit majeur afin de consentir lui-même à l'adoption; mais si l'enfant naturel pouvait être adopté par son auteur, est-ce que la loi eût exigé son consentement? Elle ne l'exige pas pour la reconnaissance (*voy.* notre t. V, n° 412); elle

ne l'exige pas pour la légitimation par le mariage n° 365) ; et vraiment on ne comprendrait pas pourquoi elle l'aurait davantage exigé pour cette autre espèce de légitimation.

Et puis, ce même article 346, en soumettant l'adopté, qui n'a point encore vingt-cinq ans, à l'obligation de rapporter le consentement de ses père et mère, ne suppose-t-il pas nécessairement que l'adoptant n'est ni son père ni sa mère? Sans doute, il est certaines conditions de l'adoption qui ne sont pas toujours essentielles; et, par exemple, il est bien certain que l'adopté, qui a perdu ses père et mère, n'a pas à rapporter leur consentement; mais cette observation ne détruit pas l'argument que nous tirons ici de l'article 346 et de tout cet ensemble de dispositions (art. 347, 348, 349, etc.), qui, en supposant toujours que l'enfant adopté n'est pas déjà l'enfant naturel de l'adoptant, ont d'autant plus de force qu'elles expriment, en cela, le principe le plus élémentaire de l'adoption, principe proclamé, à tout instant, par les législateurs eux-mêmes.

« Telle est l'adoption qui, à défaut du lien que la *nature a négligé de former ou a laissé rompre*, vient en créer un pour unir deux êtres *jusque-là étrangers l'un à l'autre.* » — Et ailleurs encore : « L'adoption est un bien pour celui qui adopte; elle lui donne la qualité de père *que la nature lui avait refusée...* » (Rapport au Tribunat, Fenet, t. X, p. 423, 434 et 466, 477.)

Mais ce n'est pas seulement dans les conditions constitutives de l'adoption, c'est aussi dans ses effets que vous allez trouver la même incompatibilité.

La reconnaissance a déjà produit, entre l'enfant naturel et son auteur, tous les effets juridiques que l'adoption serait destinée à produire, à l'exception d'un seul; bien plus, la reconnaissance a créé des effets que

l'adoption ne produirait pas! et quant à cet effet, que l'adoption produit et qui est refusé à la reconnaissance, il est tel, qu'il ne pourrait résulter de l'adoption entre l'enfant naturel et son auteur, qu'avec le caractère d'une fraude, qui mettrait la loi dans la plus évidente contradiction avec elle-même!

Ainsi, une telle adoption est : ou un acte inutile, ou une fraude.

Quels peuvent effectivement en être les résultats?

Est-ce de donner à l'enfant le nom de son auteur (art. 347)? mais la reconnaissance le lui a déjà donné (*voy.* notre t. V, n° 543).

Est-ce de créer, entre certaines personnes, des empêchements de mariage (art. 348)? mais la reconnaissance les a déjà créés et même dans un cercle bien plus étendu (*voy.* notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps,* t. I, n° 106);

De produire entre l'enfant et son auteur l'obligation alimentaire (art. 349)? mais la reconnaissance l'a déjà produite (*voy.* notre *Traité* précité, t. II, n°s 16 et suiv.);

D'établir entre le père et la mère naturels et l'enfant, certains rapports de puissance paternelle? non; l'adoption ne les produirait pas (*infra*, n° 149), mais la reconnaissance au contraire les a déjà créés (*voy.* notre *Traité* précité, t. I, n°s 87 et suiv.).

Enfin, si vous supposez que le père ou la mère naturels n'a point de parents au degré successible, la reconnaissance donnant alors à l'enfant le droit de recueillir la totalité de leur succession (art. 758), il sera vrai que l'adoption ne produira littéralement aucune espèce d'effet juridique.

Mais cette hypothèse est, je le sais, la plus rare; et presque toujours, le père et la mère naturels auront des parents successibles. L'adoption alors produirait donc un effet que la reconnaissance n'avait pas produit;

elle donnerait à l'enfant, sur la succession de son auteur, les mêmes droits que s'il était légitime (art. 350).

Or, précisément cet effet est impossible dans la personne de l'enfant naturel reconnu; les articles 338, 908 et 911 prononcent à cet égard, contre lui, une incapacité d'ordre public, et à laquelle il n'est permis de le soustraire ni directement, ni indirectement!

On se récrie : ce n'est que l'enfant naturel reconnu, qui est déclaré incapable par les articles 908 et 911; or, après l'adoption, ce n'est plus l'enfant naturel, c'est l'adopté, qui vient à la succession de l'adoptant, non pas en vertu des articles 756 et suivants, mais en vertu de l'article 350; donc, l'argument tiré de l'article 908 n'est, dit M. Duvergier (*loc. cit.*), qu'une *manifeste pétition de principe*. Cet argument commence par dire que l'enfant naturel reconnu ne peut pas recueillir la totalité de la succession de son auteur.... Eh! précisément, c'est là toute la question; il s'agit de savoir, si une fois adopté, il peut la recueillir à ce titre et en cette qualité nouvelle. Or, l'adoption a produit un changement d'état; à la qualité d'enfant naturel s'est substituée ou ajoutée la qualité d'enfant adoptif.

Voici ma réponse : substituée, dit-on, ou ajoutée.... Je demande d'abord lequel des deux?

Les partisans de l'adoption ne s'accordent pas, en effet, à cet égard.

Les uns prétendent que l'enfant naturel devient, par l'adoption, une *personne nouvelle*, et qu'il ne saurait y avoir incompatibilité entre deux qualités *dont l'une remplace l'autre* (M. Dupin, conclusions du 28 avril 1841, Dev., 1841, I, 284).

Les autres se bornent à penser que la qualité d'adopté s'est *jointe* à celle d'enfant naturel (Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 7, note 19).

Il me paraît certain que ces derniers auteurs sont

seuls dans le vrai, et qu'il est impossible de prétendre que la qualité d'enfant naturel sera *remplacée*, effacée, absorbée par celle d'enfant adoptif. Je maintiens, au contraire, qu'elle subsistera toujours, après comme avant l'adoption.

La preuve en est dans l'article 349, qui déclare que l'*adopté restera dans sa famille naturelle,* et qui proteste de la façon la plus explicite contre cette prétendue métamorphose, qui transformerait l'enfant naturel en une personne nouvelle! Tel était, il est vrai, d'abord, le caractère que les premiers projets avaient imprimé à l'adoption (*supra*, n° 5); mais on s'en est complétement départi pour proclamer le principe tout contraire. Ainsi donc, les liens naturels, qui attachaient l'adopté à telle ou telle personne avant l'adoption, ne sont nullement détruits ni altérés par l'adoption; ils subsistent comme auparavant; l'adopté reste ce qu'il était : enfant légitime ou enfant naturel, peu importe.

Et vous allez voir que la qualité d'enfant naturel est si peu effacée par la qualité d'enfant adoptif, qu'elle continuera à produire, après l'adoption, les effets qui lui sont propres, et que l'adoption, elle! ne produit pas. Ainsi : 1° les empêchements de mariage, qui résultent de la filiation naturelle, sont plus nombreux que ceux qui résultent de l'adoption; 2° l'enfant naturel reconnu doit, pour se marier, demander le consentement ou le conseil de son auteur; et ce devoir n'est pas juridiquement imposé à l'adopté envers l'adoptant (*infra*, n° 149); 3° en cas de prédécès de l'enfant naturel, ses enfants et descendants peuvent réclamer ses droits dans la succession de son auteur (art. 759), tandis que d'après une opinion, qui compte beaucoup de partisans et qui me paraît effectivement la plus vraie (*infra*, n° 139), les enfants et descendants

de l'adopté prédécédé n'ont aucun droit dans la succession de l'adoptant.

Eh bien! qui pourrait nier que ces effets de la reconnaissance subsisteront après comme avant l'adoption? qui pourrait nier, par exemple, que l'enfant naturel reconnu, s'il est âgé de moins de vingt-cinq ans, ne pourra pas se marier sans le consentement de son père naturel? Donc, les qualités réciproques de père et d'enfant naturel reconnu existent toujours aux yeux de la loi, et ne sont pas remplacées par les qualités d'adoptant et d'adopté.

Il faudrait donc qu'elles subsistassent ensemble, l'une à côté de l'autre, et que le même enfant pût être traité tout à la fois vis-à-vis de son auteur et comme enfant naturel reconnu et comme enfant adoptif.

Or, c'est ici que l'incompatibilité devient manifeste!

Comment est-il possible, en effet, que la même personne soit en même temps capable et incapable de recueillir la même succession! capable, comme adopté (art. 350); incapable, comme enfant naturel reconnu (art. 908, 911).

Vous dites que c'est la capacité qui doit l'emporter sur l'incapacité. Mais pourquoi donc?

J'ai prouvé que la reconnaissance existe, et qu'elle produit toujours tous ses effets; or, si les articles 158, 383, 759, etc., sont toujours applicables, pourquoi l'article 908 aurait-il cessé de l'être?

Non, il n'y a pas d'issue! Si l'adoption de l'enfant naturel est permise, le conflit entre l'article 350 et l'article 908 est devenu insoluble!

C'est qu'en effet la loi n'a jamais voulu mettre en présence l'une de l'autre ces deux dispositions si radicalement inconciliables; c'est que l'adoption d'un enfant naturel reconnu est impossible! Et c'est bien là qu'il est juste qu'elle échoue; car c'est là que nous

la prenons, si j'osais dire ainsi, *sur le fait* et dans l'accomplissement même de la fraude, qui est son seul but.

Voici un exemple de plus des complications inextricables, auxquelles aboutit nécessairement la théorie que je combats. Je suppose qu'après l'adoption accomplie, l'adoptant veuille reconnaître l'adopté comme son enfant naturel (Paris, 11 ventôse an XII, Valentin, Sirey, 1804, II, 113). Lui permettrez-vous cette reconnaissance ou la lui défendrez-vous? N'oubliez pas que cette reconnaissance produirait des effets que l'adoption n'a pas produits; c'est l'enfant de l'adopté par exemple, qui, âgé de vingt-trois ans, veut se marier malgré son père adoptif; et celui-ci pour rendre son consentement nécessaire, déclare le reconnaître comme son enfant naturel. Nous supposons, bien entendu, que la reconnaissance est d'une sincérité incontestable. Eh bien donc, cette reconnaissance est-elle possible?

Si vous dites non, je prends acte de cet aveu, par lequel vous confessez vous-même l'incompatibilité des deux qualités d'enfant adoptif et d'enfant naturel. Car, peu importe que la reconnaissance ait précédé ou suivi l'adoption; peu importe, dis-je, si elles sont compatibles, et on ne voit pas pourquoi, dans ce système, la reconnaissance ne pourrait pas produire, même après l'adoption, les effets spéciaux qui lui appartiennent.

Si vous dites oui, je demande si tout ceci ne devient pas véritablement monstrueux; et si la raison peut bien comprendre comment la loi, qui a créé entre ces deux personnes un lien de filiation *légitime*, pourra autoriser elle-même un nouvel acte, qui produira seulement entre elles un lien de filiation *naturelle!* Pour ma part, je ne saurais l'admettre; et si la reconnais-

sance alors était maintenue, je crois que l'adoption ne pourrait pas l'être.

Qui ne voit d'ailleurs que tous les arguments que l'on invoque en faveur de l'adoption de l'enfant naturel, autoriseraient également l'adoption des enfants incestueux et adultérins par leurs père et mère! En vain on objecte que le Code Napoléon, défendant la légitimation et même la reconnaissance des enfants incestueux et adultérins (art. 331, 335) témoigne ainsi qu'ils sont absolument incapables d'acquérir aucun état de famille. Il n'en est pas moins vrai qu'aucun texte de notre titre ne prohibe non plus cette adoption; et surtout il est évident que l'on peut dire de l'enfant incestueux ou adultérin comme de l'enfant naturel, que cette objection n'est qu'une *pétition de principe*; car, après l'adoption, il ne serait plus l'enfant incestueux ni adultérin; il serait une personne nouvelle; il serait l'adopté! Ou cet argument n'est pas bon même pour l'adoption de l'enfant naturel; ou il est bon également pour l'enfant adultérin et incestueux. Aussi plusieurs auteurs n'ont-ils pas cru pouvoir s'empêcher de reconnaître qu'en effet, l'adoption de l'enfant adultérin et incestueux n'était pas plus défendue que celle de l'enfant naturel (Grenier, n° 35; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 639, 640; comp. Sirey, *Consultation*, 1815, II, 213).

3° Est-il donc vrai que les discussions préparatoires du Code Napoléon soient telles, qu'elles nous imposent nécessairement une doctrine si contraire aux principes fondamentaux de l'adoption elle-même et à toutes les dispositions de nos lois?

Il s'en faut bien, et M. Pont, dans plusieurs articles remarquables, a démontré qu'on n'avait pu invoquer ces discussions préliminaires que par suite d'une véritable confusion (*Revue de législation*, t. I de

1843, p. 750; t. II de 1843, p. 508; t. I de 1846, p. 475). C'est aussi à cette démonstration que Benech a particulièrement consacré son opuscule : *de l'Illégalité de l'adoption des enfants naturels.*

Ces honorables jurisconsultes ont parfaitement signalé, dans les travaux préparatoires de notre titre, deux phases très-distinctes.

Dans la première, qui commence de 6 frimaire an x (27 novembre 1801), les projets discutés et d'ailleurs plusieurs fois refondus et remaniés, impriment à l'adoption un caractère et des effets complétement différents de ceux qu'elle devait plus tard recevoir. C'est l'adoption romaine dans toute son énergie; l'adopté sort de sa famille naturelle; il entre dans la famille de l'adoptant, dans tous ses degrés directs et collatéraux; il prend le nom de l'adoptant qu'il n'ajoute pas au sien; car le sien, il le quitte, il le perd! C'est alors, c'est dans cette première époque, qu'un article proposant de défendre l'adoption de l'enfant naturel par l'auteur, qui l'a reconnu, est en effet rejeté.

Mais cette discussion est interrompue pendant onze mois et vingt et un jours; et dans la seconde époque qui s'ouvre le 27 brumaire an XI, on commence tout d'abord par remettre en question le principe même de l'adoption, à ce point que la section de législation en propose le rejet pur et simple. Le principe lui-même l'emporte pourtant après plusieurs projets encore trois fois élaborés et recommencés; mais c'est un principe tout nouveau, le principe d'une adoption très-imparfaite, qui sans faire sortir l'adopté de sa famille naturelle, sans le faire entrer dans la famille de l'adoptant, n'établit que certains rapports personnels de filiation entre l'adoptant et l'adopté. Or, dans cette seconde période et sous l'empire de ce nouveau principe, non-seulement on ne trouve rien qui atteste directement

ou indirectement l'intention des législateurs, d'autoriser l'adoption de l'enfant naturel; mais un membre du conseil d'État répondant aux adversaires de l'institution elle-même, qui lui reprochaient de ne servir qu'à masquer les avantages illicites que le père veut faire à ses enfants naturels, s'exprimait en ces termes dans la séance du 27 brumaire an XI : « *Si les enfants sont reconnus, ils ne peuvent être adoptés;* s'ils ne le sont pas, leur origine est incertaine. » (Fenet, *Trav. prép.*, t. X, p. 372); et M. Treilhard ne recevait de personne, pas même de la part de ses adversaires, aucune réponse, aucune contradiction!

Et c'est sur de telles données que l'opinion contraire a fondé son principal argument, celui qui a déterminé l'illustre auteur du *Répertoire* à abandonner la cause qu'il avait d'abord soutenue! (Merlin, v° *Adoption.*)

Nous croyons fermement, en ce qui nous concerne, que ces discussions préparatoires ne peuvent être d'aucun secours à la thèse que nous combattons. L'incident, qu'elle invoque, appartient en effet à la première période de ces discussions; or, nous avons rappelé que tout ce travail antérieur, pendant longtemps interrompu, fut ensuite complétement abandonné. La seconde période ne fut pas une continuation, une reprise de ces premières discussions; non! on n'en reprit rien! on n'en conserva rien! Tout fut recommencé à nouveau; donc, le passage emprunté à ces premières discussions, vouées à l'oubli par les législateurs eux-mêmes[1], ne saurait avoir aucune au-

1. M. Locré (t. VI, p. 364) nous a effectivement appris que le Premier Consul avait condamné au secret une partie de ces procès-verbaux. Le Premier Consul avait tenu beaucoup à ce que le divorce fût admis; il venait aussi de se montrer partisan déclaré de l'adoption. Craignait-il qu'on ne trouvât dans cette double circonstance la preuve de ses préoccupations sur l'avenir de sa future dynastie? Le silence qu'il recommandait pourrait bien s'expliquer ainsi.

torité. Il y a là une solution de continuité qui fait que ce ne sont point, en vérité, les travaux préparatoires de notre titre actuel de l'adoption. Et cela est si vrai, que notre titre actuel a consacré un système entièrement différent de celui qui avait d'abord prévalu. On pourrait peut-être encore, à la rigueur, s'expliquer comment on aurait eu la pensée d'autoriser l'adoption de l'enfant naturel, d'après les premiers projets, qui faisaient entrer l'adopté dans la famille légitime de l'adoptant et qui opéraient ainsi un changement d'état. Mais depuis la seconde époque, sous l'empire du système nouveau, une telle adoption ne pouvait pas être proposée; et il aurait fallu un texte bien formel pour la rendre possible. Comment! les auteurs du Code Napoléon venaient de s'occuper des enfants naturels; ils venaient de décider qu'il n'y aurait pour eux qu'un seul mode de légitimation, le mariage subséquent de leurs père et mère (art. 331); et ils auraient eux-mêmes détruit leur propre ouvrage! et ils auraient introduit, je dirai presque subrepticement, un second mode de légitimation, eux qui avaient déclaré qu'ils n'acceptaient aucun des autres modes de légitimation autrefois admis! (Locré, t. VI, p. 211.)

Je ne saurais accorder une telle autorité à de simples discussions préliminaires; j'ai déjà eu occasion de dire que tout en reconnaissant combien cette source d'interprétation est précieuse, il était néanmoins impossible d'y voir une sorte de commentaire législatif et obligatoire (*voy.* notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n° 127, p. 182).

Et cette observation s'applique d'autant mieux ici, qu'aucune discussion peut-être n'a été plus embrouillée et plus confuse que toute celle qui a eu lieu sur les cinq ou six projets tour à tour recommencés de notre titre.

4° Enfin on reproche à la doctrine que je soutiens son extrême dureté.

Si l'enfant naturel reconnu ne peut pas être adopté par son auteur, celui-ci ne le reconnaîtra pas, afin de pouvoir l'adopter plus tard; or, il arrivera très-souvent que le père ou la mère mourra avant d'avoir pu réaliser son projet; donc, la défense de l'adoption aura pour résultat de priver un grand nombre d'enfants naturels des effets mêmes de la simple reconnaissance.

C'est là une considération dangereuse et dont il faut se défier; car elle nous conduirait très-loin; car si on voulait logiquement la suivre, elle n'aboutirait à rien moins qu'à l'anéantissement de toutes les incapacités qui frappent l'enfant naturel reconnu pour l'assimiler de tout point à l'enfant légitime. C'est aussi la reconnaissance, qui en révélant la filiation de l'enfant naturel, le rend incapable de recevoir au delà d'une certaine portion dans la succession de ses père et mère. En conclurez-vous qu'il faut le relever de cette incapacité, dans la crainte que son auteur ne le reconnaisse pas, afin de l'avantager? La raison essentielle sur laquelle cet argument repose serait, pour tous les cas, la même, à savoir : que les incapacités dont la loi frappe l'enfant naturel reconnu, pourront empêcher son auteur de le reconnaître. Eh bien! dans cet ordre d'idées, il faudrait dire que la loi a plus favorisé l'enfant adultérin et incestueux que l'enfant simplement naturel, puisque le premier ne pouvant pas être reconnu, peut recevoir sans obstacle toutes les libéralités de son auteur. Mais notre législateur s'est placé à un autre point de vue (*voy.* notre *Traité de la paternité et de la filiation*, n° 527, p. 534); il a permis la reconnaissance de l'enfant naturel, et en limitant ses effets, il les a du moins garantis. Le père ou la

mère pourra sans doute ne pas reconnaître son enfant, afin de faire fraude à la loi, afin de l'avantager par donation ou par testament, ou afin de l'adopter plus tard. Mais c'est là, je le répète, une fraude qu'il était impossible d'empêcher; une fraude d'ailleurs, qui, par cela même qu'elle se cache et qu'elle demeure toujours plus ou moins incertaine, ne porte pas à l'ordre public cette profonde atteinte qu'il recevrait de la violation patente et légalement autorisée de ces grands principes d'ordre public sur lesquels est fondée la distinction qui sépare l'enfant naturel de l'enfant légitime; une fraude enfin, qui trouvera sa juste peine dans les circonstances mêmes qui pourraient la déjouer.

Mais on nie que l'adoption de l'enfant naturel soit contraire aux grands intérêts de l'ordre social. L'enfant une fois adopté n'est plus naturel; il a un titre nouveau, il est réhabilité. L'intervention des magistrats, d'ailleurs, est une garantie pleinement rassurante.

Je puis d'abord répondre par le témoignage du droit romain et de plusieurs législations modernes, qui ont admis en Europe le principe de l'adoption et qui déclarent formellement que l'enfant naturel reconnu ne peut pas être adopté par son auteur (Code sarde, art. 191; Code prussien, art. 668-671). Quant aux lois romaines, notez bien que c'est à l'époque même du Bas-Empire que les constitutions impériales dénoncent cette espèce d'adoption comme contraire à la morale publique : « *quum nimis sit indignum, nimis item impium flagitiis præsidia quærere.* » (Const. 7. Cod. *de Natural. Liber.*)

C'est qu'en effet le mariage est la base même de la société; c'est que le mariage seul doit être la source de toute famille, de toute parenté légitime; c'est que les plus grands intérêts sociaux s'opposent à ce qu'on

élève au rang d'enfant légitime, l'enfant qui n'est que le fruit du désordre.

C'est se faire illusion que de dire que cet enfant une fois adopté, *passe d'un état flétri à un état honorable, qui lui donne aux yeux du monde, une nouvelle situation* (M. le proc. gén. Dupin, Dev., 1841, I, 284).

Ne nous laissons pas séduire par les mots! la vérité, c'est que l'enfant naturel demeure après ce qu'il était avant, un *enfant hors mariage*. Bien différente de la légitimation par le mariage, qui donne à la morale et à la société la réparation directe et adéquate de l'outrage même qu'elles ont reçu, l'adoption n'efface rien! la tache originelle est toujours là! l'enfant reste toujours en dehors du mariage, aux yeux de la loi et certainement aussi aux yeux du monde; et tout ce que vous ferez pour lui, demeurant toujours tel, loin d'être une réparation du scandale, n'en sera par cela même qu'une aggravation.

Il n'y a qu'une règle générale et tracée d'avance; il n'y a que la loi enfin, qui puisse pourvoir à ce grand intérêt social. Ce n'est pas en détail, ce n'est pas sur des questions individuelles, que cette thèse doit être posée; et voilà pourquoi les corps judiciaires ne me paraissent pas aussi convenablement placés que le législateur, pour la résoudre. Ils n'ont jamais devant eux qu'un fait particulier, qu'une hypothèse spéciale; c'est un enfant victime d'une faute qui n'est pas la sienne; c'est son auteur, dont la faute, après tout, n'est pas irrémissible et pourra même paraître parfois excusable! La balance alors n'est plus égale entre l'intérêt privé et l'intérêt public; et les garanties essentielles de l'ordre social, qui demeurent toujours, elles! à l'état de vérités abstraites, seront le plus souvent sacrifiées à des considérations personnelles d'humanité, qui auront pris la forme d'un fait, d'un individu,

considérations très-honnêtes sans doute, mais par cela même d'une influence d'autant plus dangereuse. Croyez-vous qu'on appliquerait toujours la loi sur la prescription, si cette application était purement facultative ! Le magistrat qui aurait devant lui la mauvaise foi en personne, ne serait-il pas porté à dire : *impium præsidium præscriptio!* et pourtant, la prescription envisagée de plus haut et comme institution, a été appelée *patrona generis humani!*

On pourra bien, dans les livres, exprimer le vœu que l'adoption de l'enfant naturel ne soit permise qu'autant que la légitimation par mariage subséquent ne sera point possible ; mais les statistiques nous diront ce qu'il faut penser, en fait, de cette réserve. Déjà, un très-grand nombre d'adoptions d'enfants naturels ont été autorisées, et cela au milieu même des incertitudes de la doctrine et des oscillations de la jurisprudence. Mais le jour où il sera établi que cette espèce d'adoption ne court aucun risque, nous craignons bien qu'elle ne devienne comme la conséquence et le complément de toutes les reconnaissances d'enfant naturel.

Je n'ignore pas combien nos mœurs d'aujourd'hui sont faciles et tout ce qu'elles ont d'indulgence pour certaines fautes. Mais ce relâchement même n'est-il pas un motif de plus pour ne pas se départir des grands principes qui protégent l'honneur du mariage et les familles légitimes? (Pau, 1er mai 1826, Riquois, D., 1828, II, 240; Bourges, 22 mars 1830, Lainé, D., 1839, II, 282; Angers, 21 mai 1839, Thoreau, Dev., 1839, II, 401. Ajoutez aux auteurs que nous avons cités dans le cours de cette dissertation, comme contraires à l'adoption de l'enfant naturel, Delvincourt, t. I, p. 95, note 1; Loiseau, Appendice au *Traité des enfants naturels*, p. 10; Magnin, *des Minorités*, n° 262;

Coulon, *Quest. de droit*, t. I, n° 56; Riffé, *de l'Adoption*, p. 57; Cotelle, *Cours de droit civil approfondi*, t. I, p. 92-94; Odilon-Barrot, *Encyclop.*, n°s 32 et suiv.; Marcadé, t. II, art. 346, n° 4; *Revue étrangère et française*, t. IV, p. 703 et 814, articles de M. Dubodan, et *Revue de droit français et étranger*, 1844, p. 171, article de M. Molinier; Demante, t. II, n° 80 *bis*, III; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 344-346.)

53. — Qu'un prêtre catholique puisse être adopté, cela n'est méconnu par personne.

54. — Mais c'est une question fort controversée que celle de savoir s'il peut lui-même adopter.

Cette question a jeté la division parmi les partisans de la doctrine qui enseigne que les prêtres, diacres et sous-diacres catholiques ne peuvent point se marier.

Les uns ont pensé que cet empêchement de mariage devait, comme conséquence, entraîner l'empêchement de l'adoption;

Les autres au contraire ont cru que l'adoption était permise, quoique le mariage fût défendu.

Pour nous, qui avons essayé de démontrer que nul empêchement juridique ne s'oppose au mariage des prêtres catholiques (*voy.* notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, n° 131), nous pensons, à plus forte raison, que l'adoption leur est permise; et tel est aussi le sentiment de M. Richefort (*Traité de l'État des familles*, t. II, n 315).

Mais nous allons plus loin; en admettant même que le mariage fût interdit aux prêtres, nous nous rallierions à la doctrine de ceux qui enseignent qu'il serait impossible de trouver quelque part contre eux l'incapacité d'adopter.

Sur quelle base en effet s'est-on fondé pour interdire le mariage aux prêtres catholiques?

On a dit que les canons de l'Église, *reçus en France et qui ont force de loi,* prononçaient contre eux cet empêchement; or, aucune disposition du droit canonique ne défend au prêtre d'adopter (*voy.* même l'Évangile selon saint Jean, chap. XIX, vers. 26 et 27); et comme la loi civile ne prononce pas non plus contre lui cet empêchement, il en résulte que l'adoption doit lui être permise, même d'après la théorie qui voudrait ériger en lois, dans l'ordre civil, les canons de l'Église et les règles de la discipline ecclésiastique.

Voici toutefois ce que l'on objecte :

L'adoption imite la nature; c'est une fiction de paternité légitime, qui, pour être conforme à la vérité, ne peut s'appliquer qu'à ceux qui auraient pu se marier et avoir des enfants; or, les prêtres catholiques ne peuvent pas se marier; ils ne peuvent pas avoir d'enfants ; donc, ils ne peuvent pas adopter. Il est vrai que les canons de l'Église n'ont pas prononcé cet empêchement en termes exprès; mais c'est à l'esprit de la règle plutôt qu'à sa lettre qu'il faut toujours s'attacher; or, en défendant le mariage aux prêtres, l'Église leur a, par cela même, virtuellement défendu l'adoption. Ce n'est pas en effet seulement pour les garantir de la souillure du commerce charnel, qu'elle leur a interdit le mariage; c'est aussi, c'est surtout pour les consacrer, pour les vouer de plus en plus exclusivement à ce ministère divin, qui, suivant les expressions de Domat, *demande un dégagement de tout mélange d'embarras et de sollicitude pour le temporel* (*Droit public*, liv. I, tit. X, t. II, p. 82); or, l'adoption, comme le mariage, donnerait au prêtre les soins et les embarras de la famille; l'adoption , comme le mariage, concentrerait ses affections dans le foyer domestique; et il serait ainsi détourné de cette mission de dévouement absolu et d'entière abnégation, qui doit toujours être

la sienne! « Quelle est sa femme? l'Église. Quel est sa famille? l'humanité. Quels sont ses enfants? les pauvres, » disait M. de Cormenin dans une consultation sur le procès qui a été décidé par l'arrêt que nous allons citer. Ne devrait-on pas craindre aussi pour l'honneur du sacerdoce d'autres dangers plus grands encore, les soupçons, par exemple, qui pourraient s'élever sur la pureté des motifs de l'adoption!

Aussi la plupart des législations étrangères ont-elles formellement défendu l'adoption aux prêtres catholiques. C'est ainsi que l'*adoption est interdite aux ecclésiastiques*, d'après l'article 88 du Code sarde; — *Pour adopter*, d'après l'article 10 du Code bavarois, *il faut que l'adoptant puisse se marier*;— Enfin l'adoption n'est permise d'après le Code autrichien (art. 179-182) qu'*à ceux qui n'ont pas fait vœu solennel de célibat*, — et d'après le Code prussien (art. 668-671), qu'à ceux qui ne *sont pas obligés au célibat* (Anthoine de Saint-Joseph, *concordance entre le Code Napoléon et les Codes civils étrangers*).

Ces dispositions sont trop sages, dit-on, et trop conformes à la nature de l'adoption, pour que notre législateur n'ait pas voulu aussi les consacrer (Delvincourt, t. I, p. 95, note 1; Duranton, t. II, n° 286; Marcadé, t. II, art. 346, n° 3; Odilon Barrot, *Encyclop.*, n° 26).

Il faut distinguer, dans les objections qui précèdent, deux sortes d'éléments : les uns, qui forment des arguments juridiques; les autres, qui se bornent à des considérations religieuses, morales ou politiques.

Et d'abord, plaçons-nous sur notre véritable terrain, sur le seul terrain où la question puisse recevoir une solution juridique et positive. Il nous sera facile de démontrer que les arguments de l'opinion contraire ne sont pas concluants.

On dit que l'adoption étant une imitation de la nature, ne doit pas être permise à ceux qui ne peuvent pas se marier, qui ne peuvent pas avoir d'enfants. Il est vrai que plusieurs législations étrangères ont ainsi organisé l'adoption, et en ont même formellement refusé le bénéfice aux prêtres catholiques; mais les rédacteurs de notre Code Napoléon, qui connaissaient ces lois étrangères, bien loin d'en consacrer les dispositions sous ce rapport, s'en sont au contraire tout à fait éloignés.

Il est très-certain d'abord qu'aucun article ne prononce contre les prêtres catholiques l'incapacité d'adopter.

Cette incapacité résulte-t-elle soit du caractère essentiel de l'adoption, soit des conditions auxquelles elle est soumise, soit enfin des effets qu'elle produit? pas davantage. C'est abuser évidemment de cette formule banale : *l'adoption imite la nature*, que d'en induire par voie de simple conséquence, des incapacités juridiques. L'adoption telle que notre Code Napoléon l'a faite, imite si peu la nature, que nous trouvons, à chaque instant, la fiction légale en désaccord avec la vérité. Non-seulement, par exemple, l'adoption est permise aux célibataires, qui pourtant ne peuvent pas avoir d'enfants légitimes; mais voici qui est bien plus fort! un époux ne peut-il pas adopter sans que son conjoint lui-même adopte; de telle sorte que l'adopté sera l'enfant légitime de l'un, et ne sera pour l'autre qu'un étranger! Et dans l'adoption dite rémunératoire, est-ce qu'il ne suffit pas que l'adoptant soit plus âgé que l'adopté, quelle que soit d'ailleurs la différence d'âge (*infra*, n° 63), de telle sorte que le père adoptif pourrait n'être âgé que d'un seul mois, que d'un seul jour de plus que son enfant!

De ce qu'un prêtre catholique ne pourrait pas con-

tracter mariage, il ne serait donc pas permis d'en conclure qu'il ne peut pas adopter; mais en outre l'adoption, comme M. Pont l'a très-bien dit (*Revue de législ. et de jurisp.*, t. XXI, p. 507), n'est pas la fiction du mariage, elle n'est que la fiction de la paternité; or, les prêtres catholiques peuvent avoir des enfants légitimes. L'Église en effet ne refuse pas l'entrée du sacerdoce à un homme veuf, quoiqu'il ait eu des enfants d'un mariage actuellement dissous. Ce fait n'est certes pas sans exemple; et il nous présente l'hypothèse d'un prêtre catholique ayant des enfants de son propre sang: donc, la fiction qui lui donne un enfant seulement adoptif, n'est pas contraire à la vérité, ou du moins à la possibilité.

En vain on objecte que si le prêtre catholique peut avoir eu des enfants avant son ordination, il n'en peut plus avoir depuis son entrée dans le sacerdoce. Cette objection n'est pas concluante; elle ne détruit pas notre argument dans ce qu'il a d'essentiel, à savoir : que la prêtrise n'est pas incompatible avec la paternité légitime.

Aussi toutes les conditions et tous les effets de l'adoption peuvent-ils, sans le moindre obstacle, se réaliser dans la personne du prêtre catholique. Le législateur aurait dû, dit-on, s'il avait en effet voulu permettre l'adoption au prêtre, le dispenser de la condition qui exige que l'adoptant soit âgé de plus de cinquante ans; car on n'avait pas à craindre de l'éloigner du mariage. Je pourrais répondre que l'on a pu, en ce qui le concerne, vouloir garantir encore de plus en plus, par cette condition d'âge, la pureté des motifs de l'adoption et des rapports qu'elle doit produire; mais ce qui me paraît vrai, c'est que le législateur ne s'est pas spécialement occupé du prêtre catholique, et qu'il a réglé pour tous et sans distinction, les conditions générales de l'adoption.

Concluons donc que juridiquement, aucun empêchement ne s'oppose à ce qu'un prêtre puisse adopter.

Maintenant, pour ce qui concerne le sentiment religieux et les intérêts de la discipline ecclésiastique, c'est une tout autre question! une question, j'en conviens, beaucoup plus grave; et je ne suis pas surpris de la dissidence qu'elle a soulevée dernièrement dans le sein même du clergé catholique. Plusieurs prélats de l'Église de France, consultés à propos d'une adoption faite par un prêtre, et sur laquelle les tribunaux étaient appelés à prononcer, ont exprimé des opinions qui ne sont point entre elles d'une conformité parfaite. Tandis que M. l'évêque de Maroc (M. Guillon) déclarait qu'un prêtre est incapable d'adopter, et *qu'il ne se rappelle pas un seul exemple qui contredise cette jurisprudence dans la longue suite de nos annales ecclésiastiques* (Lettre du 7 janvier 1841), M. l'archevêque de Paris (M. Affre) pensait au contraire qu'*aucune décision du droit canon ne peut faire déclarer invalide un acte d'adoption contracté par un prêtre, bien qu'un pareil acte soit certainement opposé à l esprit de l'Église* (Lettre du 2 juin 1841). Ce dernier sentiment me paraîtrait le plus vrai; car, si je suis convaincu que dans l'ordre civil, les prêtres catholiques peuvent adopter, mon opinion est aussi qu'au point de vue des intérêts de la discipline ecclésiastique et de la constitution du clergé, il est souhaitable qu'ils s'en abstiennent.

Ce n'est pas que j'approuve ce qui a été dit, à ce propos, sur le renoncement absolu, par lequel le prêtre devrait se dégager de toutes les relations civiles et sociales. En admettant que cette thèse fût vraie pour les prêtres *réguliers* (*a seculo segregati*), elle serait très-exagérée et même inexacte en ce qui concerne les prêtres *séculiers*. Ceux-ci, en effet, comme leur déno-

mination même l'indique, doivent marcher avec leur siècle; ils doivent être de leur époque et de leur temps. Aussi les voyons-nous mêlés aux affaires temporelles, les uns dirigeant des établissements privés d'éducation, les autres même remplissant des fonctions publiques; et il est bien, en effet, qu'ils se mêlent à la société, pour la mieux connaître, pour la diriger plus efficacement dans les voies du bien; leur influence morale ne peut certainement que s'accroître par cette communauté de mœurs et d'habitudes, s'ils savent y garder, tâche il est vrai bien délicate! la réserve et la dignité qui commandent toujours le respect.

Mais, quant à l'adoption, quoiqu'elle ne soit pas défendue, quoiqu'elle pût être, dans certains cas, très-légitime et très-honorable, je conçois pourtant que les chefs de l'Église catholique préviennent la tendance, qui pourrait y porter les membres du clergé; car cette tendance, si elle se généralisait, me paraîtrait aussi dangereuse pour la discipline ecclésiastique.

La Cour de Paris, par son arrêt du 19 février 1842, en maintenant l'adoption faite par un prêtre catholique, paraissait ne s'être décidée que par le motif que ce prêtre, « peu de temps après avoir été ordonné, avait cessé l'exercice du sacerdoce en 1794, par suite des événements politiques, et que depuis cette époque jusqu'à sa mort, il n'avait pas repris ses fonctions.... »

C'était méconnaître profondément le caractère sacerdotal, et cette indélébilité absolue, qui en fait surtout la puissance. Aussi, la Cour de Cassation a-t-elle décidé, en principe, que tout prêtre catholique peut adopter (26 nov. 1844, Houel, Dev., 1844, I, 801; consultation de M. Bonjean, à laquelle ont adhéré MM. Demante, Royer-Collard, Blondeau, Ber-

ryer, Pardessus; Valette sur Proudhon, t. II, p. 224; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 204; *Revue de législ. et de jurisp.*, t. XXI, p. 507, article de M. Pont; Riffé, *de l'Adoption*, p. 50; D., *Rec. alph.*, nouv. édit., v° *Adoption*, n° 99; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 516; Demante, t. II, n° 80 *bis*, IV; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 637; Massé et Vergé, t. I, p. 343, 344).

55. — Remarquons enfin, qu'en supposant qu'un empêchement *prohibitif* ne permît pas au prêtre d'adopter, il paraîtrait, même dans ce cas, impossible d'annuler l'adoption une fois consommée.

C'est une proposition que reconnaissent, même en ce qui concerne le mariage, ceux qui pensent que les prêtres ne peuvent pas se marier.

A fortiori, doit-il en être ainsi de l'adoption.

56. — Plusieurs auteurs ont enseigné que deux époux ne pouvaient pas être adoptés par la même personne (Grenier, n° 36; Duranton, t. III, n° 291; Odilon Barrot, *Encyclop. du droit*, n° 18).

Cette solution me paraît très-contestable.

On s'est encore prévalu ici du brocard : *adoptio imitatur naturam*. Le mariage est prohibé entre le frère et la sœur; or, le mari et la femme adoptés par la même personne, deviendraient ainsi frère et sœur par l'adoption; donc, cette adoption n'est pas permise; et elle ne l'était pas effectivement en droit romain (Inst. lib. I, tit. x, *de Nuptiis*, § 2).

J'ai déjà répondu qu'il était impossible de déduire de cette formule banale des prohibitions que le texte ne prononce ni directement ni indirectement; or, il est certain d'abord qu'aucun article spécial ne défend l'adoption de deux époux par la même personne.

Cette adoption est-elle du moins implicitement défendue? On a invoqué, pour le soutenir, l'article 348.

Mais nous croyons qu'on a méconnu tout à la fois le texte et les motifs de cet article.

Ce texte, en effet, se borne à déclarer que le mariage est prohibé entre les enfants adoptifs du même individu, c'est-à-dire qu'il empêche ce mariage après que l'adoption a eu lieu. Il ne s'applique donc pas à notre hypothèse, où il s'agit de deux individus déjà mariés avant l'adoption.

Faut-il néanmoins étendre ce texte au delà de ses termes, à raison de l'identité des motifs pour les deux hypothèses? Il n'en est rien. L'article 348 a pour but de maintenir la pureté des relations de famille dans la maison de l'adoptant; il ne veut pas que l'espérance du mariage allume des désirs et des passions dans l'intérieur du foyer domestique; or, ce danger n'existe plus, quand les deux enfants adoptifs étaient déjà mariés avant l'adoption; donc, les motifs de l'article 348 ne sont pas plus applicables que son texte à notre hypothèse. Ajoutez enfin que l'empêchement de mariage prononcé par l'article 348 n'est pas, suivant nous du moins, dirimant (*voy.* notre t. III, n° 338; et *infra*, n° 136), et que, par conséquent, l'hypothèse de deux enfants adoptifs du même individu, qui se seraient mariés ensemble, n'est pas, d'après l'article 348 lui-même, impossible.

Et pourquoi, par exemple, un oncle ne pourrait-il pas adopter son neveu et sa nièce, cousins germains, qui se seraient antérieurement mariés ensemble! Une telle adoption, au contraire, ne pourrait-elle pas être très-désirable?

Quant à l'argument déduit du droit romain, on sait toute la différence qui existe entre l'organisation de la famille, telle qu'elle était à Rome, et l'organisation de notre famille française; particulièrement en ce qui concerne l'adoption, nos principes sont très-différents.

L'adoption, chez nous, n'est qu'une imitation très-éloignée de la nature (Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 638; Massé et Vergé, t. I, p. 346; Riffé, *de l'Adoption*, p. 57; Marcadé, t. II, art. 348, n° 1; Taulier, t. I, p. 448; Demante, t. II, n° 83 *bis*, II).

57. — A plus forte raison, rien ne s'opposerait-il à ce que deux époux fussent adoptés séparément, l'un par un mari ou par sa femme, l'autre par le conjoint de l'adoptant.

SECTION II.

DES CONDITIONS REQUISES DANS LA PERSONNE SOIT DE L'ADOPTANT, SOIT DE L'ADOPTÉ, POUR L'ADOPTION DITE RÉMUNÉRATOIRE OU PRIVILÉGIÉE.

SOMMAIRE.

58. — Pourquoi cette espèce particulière d'adoption est appelée *rémunératoire* ou *privilégiée*.
59. — L'article 345 est-il limitatif? — *Quid*, si une personne, au péril de sa propre vie, en a arraché une autre des mains des brigands, ou est allée la chercher dans l'intérieur d'un bâtiment qui s'écroulait, ou au fond d'un puits ou d'une mine?
60. — *Quid*, si un individu, un médecin surtout, avait sauvé, par ses soins, une personne atteinte d'une maladie contagieuse?
61. — *Quid*, si un avocat avait sauvé son client d'une accusation capitale, dans des circonstances extraordinaires, où la défense de l'accusé aurait pu compromettre la vie du défenseur lui-même?
62. — 1° Il n'est pas alors nécessaire que l'adoptant ait cinquante ans; il suffit qu'il soit majeur.
63. — 2° Il n'est pas nécessaire que l'adoptant ait quinze ans de plus que l'adopté; il faut seulement qu'il soit plus âgé que ce dernier.
64. — 3° Il faut que l'adoptant n'ait pas d'enfants ni de descendants légitimes.
65. — 4° L'adoptant, s'il est marié, doit obtenir le consentement de son conjoint.
66. — Il n'est pas nécessaire que l'adoptant ait donné des soins ni fourni des secours à l'adopté.
67. — En ce qui concerne l'adopté, les conditions de l'adoption ordinaire ne sont pas modifiées pour l'adoption rémunératoire. — Ainsi, l'adopté doit être majeur.
68. — Il doit, s'il n'a pas vingt-cinq ans, obtenir le consentement de ses père et mère ou du survivant.

69. — Il ne peut point être adopté par plusieurs, si ce n'est par deux époux.
70. — Suite. — Controverse.

58. — La première condition exigée pour cette espèce particulière d'adoption, c'est que la personne qui doit être adoptée ait *sauvé la vie à l'adoptant soit dans un combat, soit en le retirant des flammes ou des flots* (art. 345).

Et de là vient son nom d'adoption *rémunératoire ;* car elle est la récompense d'un grand acte de dévouement. On l'appelle aussi l'adoption *privilégiée*, parce qu'en effet nous allons voir que la loi la dispense de plusieurs des conditions de l'adoption ordinaire.

On a pensé qu'il était moral et exemplaire de favoriser la manifestation de la reconnaissance, que fait naître dans le cœur de l'adoptant, la belle action qui lui a sauvé la vie.

59. — Ce serait, je crois, s'attacher de trop près à la lettre même du texte, que de dire, avec Proudhon (t. I, p. 197) et Toullier (t. II, n° 989), que l'article 345 est tout à fait limitatif.

Voici, par exemple, une personne qui, au péril de sa propre vie, en a arraché une autre des mains des brigands, ou qui est allée la chercher dans l'intérieur d'un bâtiment qui s'écroulait, ou bien au fond d'un puits ou d'une mine, s'exposant ainsi elle-même à être écrasée sous les décombres ou à périr asphyxiée. Il n'y a là sans doute ni *combat*, ni *flammes*, ni *flots;* mais ces sortes de sinistres appartiennent si bien à l'espèce de ceux que la loi a prévus, que l'on ne comprendrait point qu'elle y eût fait une différence. Aussi l'adoption rémunératoire me paraît-elle alors permise, parce qu'en effet celui qui sera adopté, aura sauvé la vie de l'adoptant en exposant sa propre existence, dans un

élan instinctif de dévouement provoqué par un danger actuel et flagrant, par un désastre manifeste tout à fait semblable à ceux que le texte a prévus (Duranton, t. III, n° 284; Valette sur Proudhon, t. I, p. 197, note *a;* Duvergier sur Toullier, t. II, n° 989, note *a;* Marcadé, art. 345, n° 7; Odilon Barrot, *Encyclop. du droit*, n° 48; Demante, t. II, n° 78; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 655; Massé et Vergé, t. I, p. 355).

60. — Mais, d'un autre côté, il me semble aussi que ce serait trop étendre l'article 345, que de l'appliquer, comme ont fait plusieurs jurisconsultes, à l'hypothèse où un individu, un médecin surtout, aurait donné des soins à une personne atteinte d'une maladie contagieuse (Delvincourt, t. I, p. 95, note 7; D., *Rec. alph.*, v° *Adoption*, n°s 92-94; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 514; ajout. aussi Taulier, t. I, p. 444).

Trois motifs m'empêcheraient d'admettre cette extension :

1° Le texte de l'article 345 me paraît y résister absolument. Ne m'objectez pas que je viens moi-même de m'éloigner de ce texte; j'ai déjà répondu que la ruine d'un édifice ou l'éboulement des terres dans une mine sont des accidents qui rentrent évidemment, sinon dans la lettre textuelle, du moins dans la pensée essentielle de l'article 345, parce qu'ils sont, de tout point, pareils aux accidents qu'il a prévus et qu'il n'a pu raisonnablement citer, parmi les autres désastres semblables, que comme exemples; mais l'interprétation la plus extensive ne réussira jamais à faire rentrer dans les termes de notre article, qui parle de *combats*, de *flammes* et de *flots*, le dévouement d'une personne près du lit d'un malade;

2° Les travaux préparatoires attestent qu'il n'est pas, en effet, possible d'étendre ainsi cette exception. Il est

vrai que la dernière rédaction soumise au Conseil d'État portait que l'adoption rémunératoire serait admise en faveur de ceux qui auraient rendu à l'adoptant « d'importants services, tels que de lui avoir sauvé la vie, l'honneur ou la fortune. » Mais cette rédaction n'a pas été maintenue; M. Treilhard proposa, au contraire, « de réduire l'adoption pour services rendus à celui qui aurait sauvé la vie à l'adoptant dans un combat. » La pensée de cet amendement fut adoptée; et dans la même séance, M. Berlier, rapporteur, proposa la rédaction qui forme aujourd'hui notre article 345, et qui fut admise sans discussion (séance du 11 frimaire an XI).

M. Perreau s'exprimait en ces termes dans son rapport au Tribunat :

« On doit savoir gré aux auteurs du projet d'avoir spécialement désigné l'espèce de dangers qui, seuls, donnent lieu, dans ce cas, à la faculté d'adopter. On voit tout ce qu'une dénomination vague en ce genre aurait pu faire naître d'abus. » (Locré, t. VI, p. 630.)

Ainsi l'intention des rédacteurs n'est pas douteuse; il ne suffirait pas que la personne qui doit être adoptée eût sauvé à l'adoptant sa fortune ni même son honneur. Il faut qu'elle lui ait sauvé la vie en exposant la sienne; et cela même, non pas dans quelque occasion que ce soit, mais seulement dans l'*espèce de dangers* qui, *seuls*, d'après notre texte, autorisent l'adoption rémunératoire;

3° Enfin on peut dire que l'hypothèse, qui nous occupe, est, en effet, différente de celles que l'article 345 a prévues, et qu'elle peut soulever des objections, des doutes, dont ces dernières sont, en général, plus exemptes. Cette maladie, par exemple, était-elle vraiment contagieuse? première question, et fort souvent

très-délicate. Est-ce bien la personne qui a donné des soins au malade, qui lui a vraiment sauvé elle-même la vie par ses soins? et s'il s'agit d'un médecin, est-ce qu'il n'a pas rempli le devoir le plus rigoureux de sa profession, en ne s'éloignant pas devant le danger de la contagion, un devoir tel, qu'il n'aurait pas pu le déserter sans lâcheté et sans déshonneur?

Ce dernier motif détermine MM. Duranton (t. III, n° 284) et Odilon Barrot (*Encyclop.*, n° 49) à ne pas autoriser, en faveur du médecin, l'adoption rémunératoire.

Pour ma part, je ne l'autoriserais en aucun cas et quelle que fût la qualité de la personne qui aurait donné des soins au malade. Il n'y a point là ce danger patent, manifeste et visible, dont l'article 345 fait la condition de l'adoption exceptionnelle (Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra;* Massé et Vergé, *loc. supra*).

61. — M. Dalloz va même jusqu'à dire que l'adoption rémunératoire pourrait être autorisée en faveur de l'avocat qui aurait sauvé son client d'une accusation capitale, dans des circonstances extraordinaires, où la défense de l'accusé aurait pu compromettre la vie du défenseur lui-même! (*Rec. alph.*, v° *Adoption*, n° 94.)

Je dirai de l'avocat, je dirai surtout de l'avocat qu'il n'a fait que remplir son devoir; il a pu le remplir sans doute noblement, courageusement; la reconnaissance du client sera certes très-légitime, et elle pourra, s'il le veut, se manifester par les modes ordinaires (art. 893). Mais il ne s'ensuit pas que la loi ait dû autoriser l'adoption rémunératoire pour de tels faits, dont le caractère plus ou moins périlleux, n'est d'ailleurs jamais susceptible, je le répète, d'être bien constaté.

L'adoption est une institution exceptionnelle qui ne s'accomplit qu'avec l'intervention de la puissance pu-

blique et qui crée des rapports d'état civil, qui change l'ordre des successions; et l'adoption rémunératoire est elle-même une exception encore dans l'exception; elle ne doit donc être permise que pour des actes *certains* de *pur* dévouement.

62. — Telle est, dis-je, avant tout, la condition principale de l'adoption rémunératoire.

Maintenant supposons cette condition remplie et voyons quelles sont celles des conditions de l'adoption ordinaire, dont la loi fait ici remise, et quelles sont les conditions spéciales qu'elle exige dans la personne de l'adoptant :

1° Il n'est pas nécessaire que l'adoptant ait cinquante ans; il faut seulement qu'il soit majeur, car un mineur ne saurait être habilité à consentir un tel contrat dont il pourrait ne pas comprendre toute la portée (art. 343, 345).

63. — 2° Il n'est pas nécessaire que l'adoptant ait quinze ans de plus que l'adopté; il faut seulement qu'il soit plus âgé que ce dernier (art. 343, 345).

Nous voilà bien loin, dans ce cas, de la maxime : *Fictio imitatur naturam.* La plus petite différence d'âge, un seul jour de plus du côté de l'adoptant, suffirait. Mais cette condition toutefois est indispensable; c'est bien le moins que l'enfant ne puisse pas être plus âgé que son père.

64. — 3° Il faut que l'adoptant n'ait pas d'enfants ni de descendants légitimes (art. 345); car le motif essentiel de toute espèce d'adoption disparaît, si la personne, qui veut adopter, a un enfant légitime; et la loi d'ailleurs n'a voulu, en aucun cas, que l'intérêt de cet enfant fût ainsi sacrifié.

65. — 4° Il faut que l'adoptant, s'il est marié, obtienne le consentement de son conjoint à l'adoption (art. 345); car aucune considération ne doit l'emporter

sur la paix du ménage, si essentielle à maintenir dans l'intérêt de la famille et de l'État.

66. — Il n'est pas d'ailleurs, bien entendu, nécessaire que l'adoptant ait donné aucuns soins ni fourni aucun secours à l'adopté; la garantie du dévouement de l'un est dans le service éclatant qu'il a rendu, et la reconnaissance de l'autre répond assez de son affection.

67. — Aucun texte ne modifiant ici, en ce qui concerne l'adopté, les conditions de l'adoption ordinaire, il s'ensuit qu'elles demeurent les mêmes dans sa personne pour l'adoption rémunératoire.

Ainsi il doit être majeur.

68. — Il doit, s'il n'a point encore accompli sa vingt-cinquième année, rapporter le consentement donné à l'adoption par ses père et mère, ou par le survivant (art. 346).

69. — Il ne peut point être adopté par plusieurs ; et l'adoption rémunératoire serait impossible, si celui, qu'on se propose d'adopter, avait déjà été l'objet d'une adoption, soit ordinaire, soit rémunératoire, à moins que l'adoptant antérieur ne fût le conjoint de la personne qui veut ensuite elle-même l'adopter (art. 344).

70. — Cette dernière proposition a été toutefois contestée.

On a dit :

1° Les articles 345 et 346 expriment, d'une manière complète, les conditions auxquelles sera soumise l'adoption rémunératoire ;

Or, ils n'exigent pas que l'individu, qu'on se propose d'adopter, n'ait pas déjà été adopté par une autre personne.

Donc, cette condition n'est pas nécessaire.

Que les articles 345 et 346 énumèrent exactement toutes les conditions de l'adoption rémunératoire, cela est facile à prouver. En effet, ils ne se bornent pas à

mentionner certaines conditions spéciales; ils se réfèrent encore à certaines conditions de l'adoption ordinaire. C'est ainsi qu'ils exigent que l'adoptant n'ait pas d'enfants légitimes, et que, s'il est marié, son conjoint consente à l'adoption.

C'est-à-dire que l'article 345 se réfère aux articles 343 et 344 pour emprunter à chacun d'eux celles des conditions du droit commun qui seront exigées dans le cas exceptionnel;

Or, il n'exige pas que la personne, qui doit être adoptée, n'ait pas déjà été adoptée par un autre;

Donc, cette condition n'est pas requise.

Autrement on ne s'expliquerait pas pourquoi l'article 345 aurait rappelé seulement certaines conditions du droit commun, si toutes ces conditions étaient également requises! pourquoi il aurait rappelé seulement la seconde disposition de l'article 344, si la première, qu'il ne rappelle pas, était néanmoins aussi exigée!

2° C'est qu'en effet, la loi ne cherchant pas du tout à imiter la nature dans l'adoption rémunératoire, a pu autoriser l'adoption d'une même personne par plusieurs tout aussi bien qu'elle a autorisé l'adoption d'une personne par une autre personne âgée seulement de quelques jours de plus que l'adopté (Marcadé, t. II, article 346, n° 7).

Voici ma double réponse:

1° L'argument déduit de l'article 345 serait irrésistible, si cet article, en effet, réglait d'une manière complète toutes les conditions de l'adoption rémunératoire. Mais il n'en est pas ainsi, et voilà précisément pourquoi cet argument porte à faux.

Il résulte au contraire du texte même de l'article 345 qu'il ne s'occupe que des conditions relatives à l'*adoptant*.

« Il suffira, dit-il, dans ce deuxième cas, que l'*adoptant....* »

On s'empare de ces mots : *Il suffira...*, et on s'écrie : cela est absolu ! ces mots comprennent tout !

Il me semble, au contraire, que ce commencement de la phrase est tout d'abord restreint par les mots qui suivent : « *que l'adoptant*, etc. »

Notez, en effet, que les conditions, dont il s'agit dans cette disposition finale de l'article 345, ne sont que des conditions relatives à l'adoptant ;

Or, la règle qui déclare que *nul ne peut être adopté* par plusieurs, si ce n'est par deux époux, cette règle se réfère aux conditions requises dans la personne de l'adopté ; la preuve en est dans la formule elle-même de l'article 344 ;

Donc, l'article 345 n'y a pas dérogé.

2° Cette interprétation me paraît d'ailleurs très-sage ; et je conçois bien que la loi n'ait pas voulu, même en faveur de l'adoption rémunératoire, se départir de cette condition. L'adoption d'une même personne par plusieurs ne serait pas seulement contraire à la nature si elle donnait au même individu plusieurs pères ou plusieurs mères ; je conviens que la loi se soucie, dans ce cas, très-peu de mettre la fiction d'accord avec la vérité ; mais une telle adoption pourrait avoir des conséquences que la loi devait toujours prévenir. Le caractère même du lien, qui résulte de l'adoption, le caractère des relations et des devoirs qu'elle produit, devaient s'opposer toujours à ce qu'une personne fût engagée par ces mêmes devoirs envers plusieurs personnes étrangères l'une à l'autre. Une telle situation serait pleine d'inconvénients, elle donnerait presque toujours lieu à des rivalités, à des conflits ; et, par exemple, on ne voit pas trop comment l'adopté pourrait recevoir également les noms différents de ces deux adoptants.

Il est vrai que l'adopté peut avoir, en même temps que son père ou sa mère *adoptifs*, son père ou sa mère *naturels*. Mais le caractère de ces deux liens est alors très-différent; et d'ailleurs l'adoptant n'en ignorait pas l'existence, lorsqu'il a consenti l'adoption. Au contraire, si l'adopté pouvait, depuis l'adoption consommée, se donner encore en adoption à une autre personne, il tromperait ainsi la confiance de l'adoptant, qui avait dû compter exclusivement sur toute l'affection de celui qu'il choisissait pour son enfant. On pourrait dire, je le sais, que l'adoptant avait bien aussi promis toute sa tendresse à l'adopté, et que pourtant rien ne l'empêche d'adopter un second, un troisième enfant, etc. A la bonne heure! mais la loi s'en est formellement expliquée.

Ajoutez enfin que l'on devait craindre que l'adoption rémunératoire ne favorisât précisément la fraude que la loi a voulu empêcher, par laquelle un homme et une femme non mariés essayeraient de légitimer le fruit de leur désordre (Odilon Barrot, *Encyclop. du droit*, n° 47; Proudhon et Valette, t. II, p. 198, 199; D., *Rec. alph.*, v° *Adoption*, n° 106; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 355; Aubry et Rau, t. IV, p. 656).

SECTION III.

DES CONDITIONS REQUISES DANS LA PERSONNE SOIT DE L'ADOPTANT, SOIT DE L'ADOPTÉ, POUR L'ADOPTION TESTAMENTAIRE.

SOMMAIRE.

71. — Qu'est-ce que l'adoption dite testamentaire?
72. — Cette adoption est soumise à trois conditions : 1° Il faut que le testament, qui confère l'adoption au pupille, ait été fait par le tuteur officieux, *après cinq ans révolus depuis la tutelle*.
73. — Le testament fait avant l'expiration des cinq ans depuis la tutelle serait-il valable, si le tuteur avait survécu à l'expiration des cinq ans?

74. — 2° Il faut que le tuteur officieux soit décédé avant la majorité du pupille.
75. — Qu'arriverait-il, si le tuteur officieux ne survivait que peu de jours, qu'un seul jour même peut-être, à la majorité du pupille?
76. — 3° Il faut que le tuteur officieux ne laisse point d'enfants légitimes.
77. — *Quid*, si les enfants légitimes, que le tuteur avait à l'époque du testament, étaient décédés avant lui?
78 — Le tuteur officieux n'a pas besoin du consentement de son conjoint pour conférer l'adoption testamentaire à son pupille.
79. — Il est bien entendu que l'adoption testamentaire peut avoir lieu au profit d'un mineur.
80. — L'adoption testamentaire doit être acceptée. — Quand ? — Par qui ? — Comment ?
81. — L'adoption testamentaire est d'ailleurs soumise aux règles de l'adoption ordinaire.

71. — L'adoption testamentaire a été permise comme une conséquence de la tutelle officieuse (*infra*, n° 214).

L'article 366 est ainsi conçu :

« Si le tuteur officieux, après cinq ans révolus de-
« puis la tutelle, et dans la prévoyance de son décès
« avant la majorité du pupille, lui confère l'adoption
« par acte testamentaire, cette disposition sera valable,
« pourvu que le tuteur officieux ne laisse pas d'enfants
« légitimes. »

Comme une conséquence, disons-nous; et, en effet, elle ne peut avoir lieu qu'autant qu'elle a été précédée d'une tutelle officieuse réunissant les conditions exigées par les articles 361 et suivants. C'est ainsi que la Cour de Cassation a fort justement décidé que la reconnaissance d'un enfant naturel ne saurait être considérée comme équivalant à une tutelle officieuse, au point de vue de l'adoption (23 juin 1857, Pichon, D., 1857, I, 392).

72. — D'où il résulte que cette espèce d'adoption est soumise à trois conditions spéciales :

1° Il faut que le testament, qui confère l'adoption au

pupille, ait été fait par le tuteur officieux, *après cinq ans révolus depuis la tutelle.*

La loi veut que le tuteur ait pu apprécier le caractère et les dispositions du pupille, qu'il ait eu le temps de s'attacher à lui sérieusement, et qu'il soit ainsi capable de se prononcer en connaissance de cause; c'est le même motif qui a fait exiger six années de soins et de secours dans l'adoption ordinaire (art. 345).

73. — Le testament fait *avant* cinq ans révolus depuis la tutelle, ne serait donc pas valable, lors même que le tuteur ne serait mort qu'après l'expiration des cinq ans.

M. Odilon Barrot a, toutefois, exprimé l'opinion contraire, par ce motif que le testateur a prouvé suffisamment son affection pour le pupille, puisque, ayant eu jusqu'à sa mort la faculté de révoquer le testament qu'il avait fait, il ne l'a cependant pas révoqué (*Encyclop. du droit*, n° 63).

Mais cette opinion, qui n'est pas conforme au texte de l'article 366, me paraît également méconnaître les principes généraux du droit. La capacité du testateur est exigée à la double époque de la confection du testament et du décès; il faut qu'à l'époque de la confection du testament, il soit capable de droit et de fait (*voy.* notre *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, etc., n° 200); et si, à cette première époque, il a été incapable, son testament sera toujours nul, lors même qu'il serait devenu capable à l'époque de sa mort.

Ne dites pas que sa volonté est présumée durer toujours, et que par conséquent elle existe encore au moment du décès.

Sa volonté n'a jamais existé légalement; elle n'a jamais été valablement exprimée aux yeux de la loi; par conséquent, elle ne peut pas être présumée durer

à ses yeux! Ces principes sont constants; et c'est ainsi que le testament, fait par une personne âgée de moins de seize ans (art. 904), serait toujours nul, alors même que cette personne mourrait après avoir dépassé cet âge.

Pareillement, le tuteur officieux est incapable de conférer l'adoption testamentaire à son pupille avant l'expiration des cinq ans; c'est là vraiment une incapacité personnelle, car elle résulte d'un vice de sa volonté, qui n'est pas réputée assez éclairée;

Donc, le testament sera nul, lors même que le tuteur survivrait à l'expiration des cinq ans. Il sera nul comme celui du mineur qui décéderait majeur; comme celui de l'interdit qui décéderait après la mainlevée de l'interdiction.

Autre chose est donc de faire un testament, autre chose de ne pas révoquer un testament précédemment fait. La règle catonienne est encore applicable chez nous sous ce rapport (L. 1, ff. *de Regula Catoniana;* Cass., 26 nov. 1856, Julien, Dev., 1857, I, 129; Duranton, t. III, n° 304; Valette sur Proudhon, t. II, p. 200, note *a;* Marcadé, t. II, art. 366, n° 1; Demante, *Thémis*, t. VII, p. 149; *Cours analyt.*, t. II, n° 105 *bis*, I; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 656; Massé et Vergé, t. I, p. 355).

74. — 2° Il faut que le tuteur officieux soit décédé avant la majorité du pupille, et, bien entendu, sans avoir révoqué son testament.

On a toutefois prétendu que l'adoption testamentaire continue de subsister après la majorité de l'adopté, et qu'une nouvelle adoption n'est pas nécessaire (Chardon, *Puissance tut.*, n° 85).

Mais la proposition contraire nous paraît résulter formellement des articles 366 et 368. Car ce n'est que *dans la prévoyance de son décès avant la majorité du*

pupille, et seulement pour ce cas, que le tuteur peut faire cette espèce d'adoption (comp. Cass., 26 nov. 1856, *supra*).

75. — Qu'arriverait-il, si le tuteur officieux ne survivait que peu de temps, que peu de jours, qu'un seul jour, que quelques heures même peut-être à la majorité du pupille?

Devrait-on néanmoins annuler l'adoption testamentaire, lors même qu'en fait, le tuteur ne serait encore nullement en retard d'accomplir l'adoption contractuelle ?

Il est regrettable que le législateur n'ait point, comme il l'a fait dans d'autres cas analogues (art. 984, 986), déterminé un délai après lequel, depuis la majorité du pupille, le testament cesserait d'être valable. Rigoureusement, et à s'en tenir au texte, le testament cesserait d'être valable, au moment même où le pupille atteint sa majorité; et tel paraît être en effet le sentiment de M. Taulier (t. I, p. 468, 469).

Pourtant, ce que la loi a voulu, c'est d'assurer au tuteur un moyen sérieux et efficace pour adopter son pupille, quoi qu'il arrive;

Or, ce moyen serait au contraire très-inefficace, si le testament n'était pas valable, même après la majorité, durant le temps rigoureusement nécessaire pour accomplir l'adoption contractuelle;

Donc, les magistrats pourraient maintenir le testament, si le tuteur n'avait pas eu, depuis la majorité du pupille, le temps de l'adopter.

Mieux aurait valu, je le répète, que ce délai fût législativement fixé; car on ne saurait invoquer ici l'article 369, qui est fait pour une autre hypothèse. Dans le silence de la loi, les magistrats devraient apprécier le fait; ils devraient se montrer très-sévères et n'accorder que le délai strictement indispensable pour

qu'on ne puisse pas dire que la faculté d'adoption testamentaire a été dérisoire (comp. Demante, t. II, n° 105 *bis*, II; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 356; Aubry et Rau, t. IV, p. 656; Marcadé, t. II, art. 366, n° 1).

76. — 3° Il faut enfin que le tuteur officieux ne laisse point d'enfants légitimes (art. 366; ajout. art. 343).

77. — M. Taulier enseigne que « peu importe que des enfants soient survenus après le testament; *il suffit qu'il n'en existe point à la double époque de sa confection* et de la mort du testateur. » (T. I, p. 468; ajoutez aussi Odilon Barrot, *Encyclop.*, n° 50.)

D'où il suit que, d'après ces auteurs, l'adoption testamentaire ne serait pas valable, si à l'époque de la confection du testament, le tuteur officieux avait des enfants, lors même que ces enfants n'existeraient plus à l'époque de sa mort.

J'oppose à cette doctrine le texte même et les principes :

1° Aux termes de l'article 366, l'adoption testamentaire sera valable.... « pourvu que le tuteur officieux « *ne laisse point* d'enfants légitimes; »

Or, dans notre hypothèse, le tuteur n'en *laisse point*, quoiqu'il en ait eu à l'époque de la confection du testament;

Donc, le texte même valide alors cette adoption.

2° C'est qu'il ne s'agit pas ici d'une question de capacité personnelle, pour laquelle il faudrait s'attacher à l'époque de la confection du testament (*supra*, n° 73); il s'agit, à vrai dire, d'une question de disponibilité de biens et de réserve, pour laquelle il n'y a lieu de considérer en général que l'époque du décès (comp. art. 913, 915, 922, 1094).

En effet, c'est seulement dans l'intérêt des enfants légitimes du tuteur officieux, que l'adoption testamentaire ne serait pas valable; ce n'est point à raison d'un

vice de volonté de la part du tuteur officieux, ou d'une cause quelconque qui affecte sa personne ;

Or, l'intérêt des enfants légitimes ne s'ouvre et n'existe qu'à la mort de leur auteur ;

Donc, c'est à cette époque seule, qu'il faut, dans ce cas, s'attacher.

C'est ainsi qu'aux termes de l'article 1049, la substitution faite par un oncle au profit de ses neveux est valable *en cas de mort sans enfants*, c'est-à-dire, sous la condition que l'oncle *ne laissera* pas d'enfants, lors même qu'il en aurait eu à l'époque de la disposition (Duranton, t. III, n° 342, note ; Valette sur Proudhon, t. II, p. 202 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 657 ; Massé et Vergé, t. I, p. 356 ; Marcadé, art. 366, n° 1 ; Demante, *Thémis*, t. VII, p. 152 et *Cours analyt.*, t. II, n° 105 *bis*, I).

78. — Le tuteur officieux, s'il est marié, n'a pas besoin du consentement de son conjoint pour conférer l'adoption testamentaire à son pupille, non-seulement parce qu'il a obtenu déjà ce consentement afin de devenir tuteur (art. 362), mais surtout par cette raison décisive, que l'adoption testamentaire ne doit avoir effet que par le décès de l'adoptant, et après la dissolution du mariage (*voy.* aussi art. 225).

79. — Il est bien entendu que l'adoption testamentaire peut avoir lieu au profit d'un mineur et qu'elle ne peut même avoir lieu qu'à son profit, puisque précisément le testament devient nul, si le tuteur ne décède pas avant la majorité du pupille (*supra*, n° 74).

80. — Cette adoption d'ailleurs ne s'accomplit pas de plein droit et par la seule volonté du tuteur officieux ; il faut évidemment qu'elle soit acceptée.

Acceptée, dis-je ; mais quand, par qui, et comment ?

Le Code Napoléon est muet à cet égard.

Le mineur ne pouvant pas se prononcer lui-même,

il est nécessaire que l'acceptation ou la répudiation, s'il y a lieu, soit faite par ses représentants.

Mais, d'un autre côté, on ne saurait admettre que le mineur puisse être lié irrévocablement dans une circonstance aussi grave, par la délibération que ses représentants auraient prise; d'autant plus que le Code Napoléon n'a prescrit aucune formalité spéciale pour ce cas, à l'effet de garantir ses intérêts.

La conclusion est donc que cette délibération n'a que des effets provisoires, et que le mineur devenu majeur, peut répudier l'adoption qui aurait été acceptée, ou accepter celle qui aurait été répudiée; ce qui produit une incertitude très-fâcheuse sans doute, mais qui me paraît, dans l'état de nos textes, inévitable (comp. Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 356; Aubry et Rau, t. IV, p. 657; Demante, t. II, n° 105 *bis*, III).

81. — L'adoption testamentaire est d'ailleurs soumise aux règles qui gouvernent l'adoption ordinaire; les articles 344, 1er alinéa, et 346, nous paraissent donc lui être applicables.

CHAPITRE II.

QUELLES SONT LES FORMES DE L'ADOPTION?

SOMMAIRE.

82. — Il faut examiner séparément les formes de l'adoption contractuelle et celles de l'adoption testamentaire.

82. — Les formes de l'adoption contractuelle ne sont pas les mêmes que celles de l'adoption testamentaire.

Nous allons examiner séparément les unes et les autres.

SECTION I.

DES FORMES DE L'ADOPTION CONTRACTUELLE.

SOMMAIRE.

83. — Les formes ou solennités extrinsèques de l'adoption sont au nombre de trois principales :

84. — 1° L'adoption se forme par le contrat passé devant le juge de paix du domicile de l'adoptant, et qui renferme les consentements respectifs des parties.

85. — Quel est l'effet immédiat de ce contrat? est-il révocable ou irrévocable?

86. — Pourrait-il être révoqué, sur la demande de l'adoptant, pour cause d'ingratitude de l'adopté?

87. — A dater de ce contrat, toutes les formalités peuvent être accomplies par l'une des parties seulement, peu importe par laquelle.

88. — Les parties sont-elles obligées de comparaître, en personne, devant le juge de paix, ou peuvent-elles se faire représenter par un mandataire?

89. — Suite.

90. — C'est devant le juge de paix du domicile de l'adoptant que le contrat doit être passé. — Pourquoi?

91. — 2° L'adoption n'est pas un contrat ordinaire auquel le seul consentement des parties puisse suffire; il faut qu'elle soit homologuée par l'autorité judiciaire. — Le Code Napoléon a organisé à cet effet une procédure spéciale. — Articles 354-358.

92. — La procédure doit être secrète tant que l'adoption n'est pas définitivement admise. — *Quid*, si un arrêt, qui déclare qu'il n'y a pas lieu à l'adoption, était prononcé en audience publique?

93. — Point d'enquête; point de formalités judiciaires; les magistrats doivent se procurer par eux-mêmes les renseignements nécessaires.

93 *bis*. — Rien ne s'oppose pourtant à ce que le tribunal ou la Cour charge un de ses membres de lui faire le rapport de l'affaire.

94. — Les tiers, les parents intéressés à ce que l'adoption n'ait pas lieu, peuvent-ils remettre des notes, des mémoires au ministère public?

95. — Point de motifs dans le jugement ni dans l'arrêt, soit qu'il rejette, soit même qu'il admette l'adoption.

96. — D'après l'article 354, c'est au procureur impérial que doit être remis l'acte d'adoption. — Dans la pratique, cette remise se fait par requête d'avoué adressée au président du tribunal.

97. — De quelle manière l'acte d'adoption doit-il être porté devant la Cour impériale?

98. — Les délais de dix jours, aux termes de l'article 354, et d'un mois, aux termes de l'article 357, sont-ils prescrits sous peine de déchéance?

99. — Est-il nécessaire que l'acte d'adoption reçoive l'homologation successive du tribunal de première instance et de la Cour impériale?

99 *bis*. — Les arrêts, qui admettent ou qui rejettent une adoption, doivent-ils être rendus en audience ordinaire ou en audience solennelle?

100. — L'arrêt qui rejette une adoption peut-il être attaqué par la voie du recours en cassation?

101. — Suite.

102. — L'arrêt de la Cour impériale, qui déclare qu'il y a lieu à adoption, doit être prononcé à l'audience et rendu public.

103. — 3° L'adoption doit être inscrite sur les registres de l'état civil du lieu où l'adoptant est domicilié. — Sur quel registre? — Dans quel délai?

104. — La *formule* adressée, à cet effet, par le gouvernement aux officiers de l'état civil, est très-inexacte.

105. — Est-ce le contrat passé devant le juge de paix ou l'arrêt d'homologation qui doit être inscrit?

106. — La signature de la partie qui a fait la réquisition est-elle nécessaire?

107. — Suite. — L'officier de l'état civil doit-il être assisté de deux témoins?

107 *bis*. — *Quid*, si l'inscription de l'adoption avait été faite seulement sur le vu d'une copie de l'arrêt délivrée par un avoué?

108. — La peine de nullité, prononcée par l'article 359, frappe-t-elle aussi l'adoption inscrite, à la vérité, dans le délai de trois mois, mais sur les registres de l'état civil d'un lieu qui ne serait pas celui du domicile de l'adoptant?

109. — Qu'arriverait-il, si, dans l'intervalle qui s'écoule depuis le contrat d'adoption jusqu'à l'inscription sur les registres de l'état civil, l'une des conditions requises venait à défaillir? — Du décès de l'adoptant. — Ses héritiers peuvent remettre des mémoires pour établir que l'adoption est inadmissible.

110. — Suite. — Quel est le caractère de cette faculté que l'article 360 accorde aux héritiers de l'adoptant?

111. — Toutes les conditions requises pour la validité de l'adoption doivent exister au moment où le contrat est reçu par le juge de paix.

112. — Suit-il de là que le juge de paix aurait qualité pour exiger la preuve de l'accomplissement des conditions requises et pour refuser de recevoir le contrat, si cette preuve ne lui était pas fournie?

113. — Suffit-il que les conditions requises existent au moment de

la formation du contrat devant le juge de paix? ou bien est-il nécessaire qu'elles continuent d'exister jusqu'à une certaine époque de la procédure? et quelle serait alors cette époque? — Plusieurs systèmes peuvent être proposés :

114. — A. On pourrait soutenir que toutes les conditions requises doivent continuer d'exister jusqu'à ce que l'adoption soit inscrite sur les registres de l'état civil.

115. — B. Un second système propose de s'attacher à la date de l'arrêt d'homologation.

116. — C. D'après une troisième opinion, il est tout à la fois nécessaire et suffisant que les conditions requises continuent d'exister jusqu'à ce que le contrat d'adoption ait été remis par l'une des parties au procureur impérial.

117. — D. Ne faut-il pas distinguer entre la capacité de fait et la capacité de droit?

118. — E. Il suffit que les conditions requises existent au moment du contrat passé devant le juge de paix; et tout empêchement qui surviendrait ensuite, soit de fait, soit de droit, même avant que l'acte eût été porté devant les tribunaux, ne devrait pas faire obstacle à l'homologation judiciaire.

119. — *Quid*, si c'est l'adopté qui meurt pendant l'instruction? L'article 360 sera-t-il applicable? Faut-il distinguer s'il laisse ou s'il ne laisse pas des enfants?

120. — Les effets de l'adoption une fois inscrite sur les registres de l'état civil, remontent au jour du contrat passé devant le juge de paix.

121. — Suite.

122. — Les mêmes parties, dont la demande à fin d'adoption aurait été rejetée, pourraient-elles la renouveler soit devant les mêmes magistrats, soit devant d'autres, dans le cas où l'adoptant aurait changé de domicile?

83. — Les formes ou solennités extrinsèques de l'adoption sont au nombre de trois principales :

1° Le contrat reçu par le juge de paix, qui renferme les consentements respectifs des parties;

2° L'homologation de ce contrat par le tribunal et par la Cour impériale;

3° L'inscription de l'adoption sur les registres de l'état civil.

84. — 1° « La personne qui se propose d'adopter, « et celle qui voudra être adoptée, se présenteront de-

« vant le juge de paix du domicile de l'adoptant, pour « y passer acte de leurs consentements respectifs. » (Art. 353.)

Voilà la base de l'adoption ; c'est là qu'elle se forme dans ce contrat qui renferme les consentements des parties.

Sans doute ce contrat n'accomplit pas seul l'adoption; d'autres conditions sont encore nécessaires; mais ces conditions une fois remplies, nous verrons que l'effet de l'adoption remonte à la date du contrat (*infra*, n° 120; ajoutez, pour ce qui concerne les droits d'enregistrement : loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 1, n° 9; et aussi loi du 28 avril 1816, art. 48, n° 2, et 49, n° 1).

85. — Pareillement ce contrat lui-même n'est pas irrévocable, en ce sens que les deux parties peuvent s'en départir, par un mutuel accord, tant que l'adoption n'est point encore parfaite par l'accomplissement de toutes les conditions requises : non-seulement donc avant l'arrêt d'homologation (art. 357), mais même encore après cet arrêt et tant que l'adoption n'a pas été inscrite sur les registres de l'état civil; car jusqu'à cette dernière époque, la loi laissant aux parties elles-mêmes le soin de l'accomplissement des conditions requises, et la libre faculté de ne pas y donner suite, leur reconnaît ainsi le droit de rompre leur contrat par un mutuel dissentiment (arg. des articles 357, 358, 359; Delvincourt, t. I, p. 98, note 7; Proudhon, t. II, p. 211; Duranton, t. III, n° 301; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 647; Odilon Barrot, *Encyclop.*, n° 18).

Mais le contrat est irrévocable, en ce sens que l'une des parties ne pourrait plus s'en départir sans le consentement de l'autre ; et il faut bien en vérité qu'il en soit ainsi ; autrement il n'y aurait pas de lien, et dès lors pas de contrat.

86. — Ce principe est si vrai, que la résolution de ce contrat ne pourrait pas même être prononcée en justice sur la demande de l'adoptant contre l'adopté pour cause d'ingratitude. Le tribunal ou la Cour pourrait sans doute prendre en considération les faits reprochés à l'adopté, refuser en conséquence l'homologation, et empêcher ainsi l'adoption de s'accomplir; mais la justice ne pourrait, en aucun cas, résoudre le contrat d'adoption, même pour cause d'ingratitude (Grenoble, 2 mars 1842, Fournier, Dev., 1843, II, 171; *infra*, n° 127).

87. — Aussi, à dater du contrat, toutes les formalités pourront être remplies par une seule des parties, n'importe laquelle, *par la partie la plus diligente*, qui est réputée avoir reçu le mandat d'agir aussi au nom de l'autre.

Et il n'est pas nécessaire que ce soit toujours la même; si c'est par exemple l'adoptant qui a présenté l'acte d'adoption au procureur impérial près le tribunal, rien ne s'oppose à ce que cet acte soit présenté par l'adopté au procureur général près la Cour impériale.

88. — M. Odilon Barrot induit du texte de l'article 353 et du caractère important de l'adoption qu'il est nécessaire que les deux parties comparaissent, en personne, devant le juge de paix (*Encyclop.*, n° 52; ajoutez aussi Grenier, *de l'Adoption*, n° 18; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 346, 347).

Pourtant la règle générale est qu'on peut se faire représenter, dans les actes de la vie civile, par un mandataire (art. 1984); et cette faculté est très-précieuse, à ce point que, sans elle, beaucoup d'actes souvent deviendraient impossibles. L'article 36 l'accorde même spécialement, en ce qui concerne les actes de l'état civil. Il me semble d'ailleurs que l'ar-

ticle 353 suppose seulement le cas le plus ordinaire de la comparution des parties en personne, bien plutôt qu'il ne l'exige ; et je n'aperçois rien dans le caractère essentiel de l'adoption qui nous commande nécessairement cette exception. L'adoption est, sous ce rapport comme sous beaucoup d'autres, bien différente du mariage, dont l'importance et les solennités toutes spéciales m'ont paru à moi-même exiger la présence personnelle des futurs époux (t. III, n° 210). Aussi voyons-nous qu'après le contrat, une seule des parties peut agir à défaut de l'autre (art. 357, 359).

Notez enfin que, bien entendu, la procuration devra être spéciale et authentique (art. 36; Bruxelles, 22 avril 1807, Denochère, Sirey, 1808, II, 319; Delvincourt, t. I, p. 261; Duranton, t. III, n° 297, note 2; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 640; D., *Rec. alph.*, v° *Adoption*, n° 136).

89. — Qu'arriverait-il, si celui qui a donné à une personne le pouvoir de consentir une adoption en son nom, avait révoqué ce pouvoir, à l'insu du mandataire et de l'adopté, au moment où le contrat était passé devant le juge de paix?

Je me suis déjà expliqué incidemment sur ce point (*voy.* notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n° 210).

90. — C'est devant le juge de paix du domicile de *l'adoptant* que le contrat doit être passé. Il est convenable que l'adopté, qui est majeur (*voy.* au contraire, art. 363), aille trouver l'adoptant, pour se rendre avec lui près du juge de paix de son domicile; ajoutez d'ailleurs que l'homologation de ce contrat devra être demandée au tribunal et à la Cour dans le ressort desquels se trouve le domicile de l'adoptant, les magistrats de ce domicile étant mieux placés que tous autres pour vérifier si les conditions requises par la loi sont

accomplies, et surtout si l'adoptant jouit d'une bonne réputation.

91. — 2° L'adoption n'est pas un contrat ordinaire auquel le seul consentement des parties puisse suffire; c'est un acte de l'état civil, qui crée des rapports de parenté, qui change l'ordre des successions; aussi l'intervention de l'autorité publique y a-t-elle toujours été nécessaire. On voulait même d'abord que l'adoption fût prononcée, chez nous, comme autrefois à Rome, par le pouvoir législatif lui-même (*supra*, n° 5). Mais c'est à l'autorité judiciaire, qu'avec bien plus de raison, on s'est finalement décidé à confier cette mission. C'est donc elle qui est chargée de vérifier si toutes les conditions sont remplies, et de consacrer, au nom de la loi, les rapports que l'adoption doit former.

Le Code Napoléon organise, à cet effet, une procédure toute spéciale; il nous suffira de citer ici les articles, en y ajoutant quelques observations.

« Une expédition de cet acte (de l'acte passé devant « le juge de paix) sera remise dans les dix jours sui- « vants par la partie la plus diligente, au procureur « impérial près le tribunal de première instance « dans le ressort duquel se trouvera le domicile de « l'adoptant, pour être soumis à l'homologation de ce « tribunal. » (Art. 354.)

« Le tribunal, réuni en la chambre du conseil, et « après s'être procuré les renseignements convenables, « vérifiera : 1° si toutes les conditions de la loi sont « remplies; 2° si la personne qui se propose d'adopter « jouit d'une bonne réputation. » (Art. 355.)

« Après avoir entendu le procureur impérial, « et sans aucune autre forme de procédure, le tri- « bunal prononcera, sans énoncer de motifs, en ces « termes : *Il y a lieu*, ou, *il n'y a pas lieu à l'adoption.* » (Art. 356.)

« Dans le mois qui suivra le jugement du tribunal « de première instance, ce jugement sera, sur les pour- « suites de la partie la plus diligente, soumis à la Cour « impériale, qui instruira dans les mêmes formes que le « tribunal de première instance et prononcera, sans « énoncer de motifs : *Le jugement est confirmé*, ou, *le « jugement est réformé; en conséquence, il y a lieu*, ou « *il n'y a pas lieu à l'adoption.* » (Art. 357.)

« Tout arrêt de la Cour impériale, qui admettra une « adoption, sera prononcé à l'audience, et affiché en « tels lieux et en tel nombre d'exemplaires que le tri- « bunal[1] jugera convenables. » (Art. 358.)

92. — Le but de cette procédure exceptionnelle est surtout d'empêcher que le rejet possible de l'adoption ne devienne, pour la personne qui se proposait d'adopter, une cause de déconsidération morale, et en même temps de garantir ainsi de plus en plus la pleine indépendance des magistrats dans ces affaires délicates. C'est pour cela que cette procédure doit s'accomplir dans le secret, tant que l'adoption n'est pas définitivement admise.

Tout se passe donc *dans la chambre du conseil ;* c'est là que le tribunal examine les pièces et vérifie si les conditions sont remplies.

C'est là que le procureur impérial est entendu ; car il doit toujours l'être dans cette matière qui intéresse l'état des personnes et l'ordre public (art. 83 procéd.).

C'est là enfin qu'est rendu le jugement du tribunal, et aussi l'arrêt de la Cour, lorsqu'il n'admet pas l'a-

1. Dans le Code civil de 1804, la juridiction appelée aujourd'hui Cour impériale, s'appelait *tribunal d'appel.* Depuis cette époque, elle a été successivement appelée *Cour d'appel, Cour impériale, Cour royale,* tout récemment encore *Cour d'appel;* et elle s'appelle enfin aujourd'hui *Cour impériale;* c'est donc mal à propos que le mot *tribunal* a été conservé dans la disposition finale de l'article 358.

doption. Et cette condition est si essentielle, que la prononciation en audience publique d'un arrêt, qui déclare qu'il n'y a pas lieu à l'adoption, serait un cas de nullité (Cass., 22 mars 1848, Barré, D., 1848, I, 66; ajout. Paris, 26 avril 1830, Dev., 1830, II, 217; Douai, 9 août 1839, Carpentier, D., *Rec. alph.*, v° *Adoption*, n° 147; Limoges, 4 juin 1840, Lajugie, D., même *Rec.*, n° 150; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du C. Napol.*, p. 201, 202).

93. — Point d'enquête d'ailleurs; point d'écritures ni de formalités judiciaires.

Ce sont des *renseignements* que les magistrats doivent *se procurer*, dit notre texte (art. 355); c'est à leur prudence et à leur sagacité que la loi s'en remet du soin de s'éclairer officieusement par eux-mêmes, par leurs investigations individuelles.

93 *bis.* — Remarquons toutefois qu'il ne résulte nullement de l'article 356 que le jugement ou l'arrêt, en matière d'adoption, ne puisse pas être rendu sur le rapport de l'un des juges.

« Attendu, dit très-bien la Cour de Cassation, que, en toute matière, il appartient aux tribunaux de commettre l'un de leurs membres pour examiner plus particulièrement les pièces et documents du procès, et soumettre ensuite les résultats de son travail particulier à l'examen et à l'appréciation de ses collègues; — que cette mesure d'instruction ne constitue pas une procédure spéciale et de la nature de celle interdite par l'article 356 du Code Napoléon, et ne peut qu'être utile à la bonne administration de la justice; qu'elle laisse à chaque juge toute sa liberté d'action et d'appréciation....» (21 mars 1859, N..., Dev., 1859, I, 830.)

94. — Les tiers, les parents intéressés à ce que l'adoption n'ait pas lieu, peuvent-ils remettre des ob-

servations, des notes, des mémoires, au ministère public ?

Le doute vient de ce que l'article 360 semble ne leur accorder cette faculté qu'après le décès de l'adoptant, et aussi du danger que cette faculté pourrait offrir, des calomnies et des diffamations dont elle pourrait fournir le prétexte.

Toutefois, M. Berlier a positivement déclaré que, dans tous les cas, *les parties intéressées peuvent remettre des mémoires aux magistrats chargés du ministère public* (Locré, t. VI, p. 570); en fait, d'ailleurs, ces mémoires n'ayant pas un caractère judiciaire, ne présentent pas de dangers véritablement sérieux, et peuvent au contraire éclairer les magistrats.

Notez, enfin, que la loi n'a organisé ici aucun moyen d'opposition, comme au titre *du Mariage*, et qu'il faut bien pourtant que le conjoint de l'adoptant, que l'ascendant de l'adopté mineur de vingt-cinq ans, et tout autre intéressé, puissent faire connaître l'empêchement qui s'oppose à l'adoption (Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 641).

95. —Point de motifs dans le jugement ni dans l'arrêt, soit qu'il rejette, soit même qu'il admette l'adoption.

Les motifs de l'arrêt, qui aurait admis l'adoption, auraient pu donner à l'absence de motifs dans l'arrêt qui l'aurait rejetée, un caractère blessant.

D'où il faut même induire qu'il n'y a pas lieu de mentionner, dans le jugement ou dans l'arrêt, l'accomplissement des conditions et des formalités prescrites par la loi (comp. Cass., 21 mars 1859, N.., Dev., 1859, I, 830).

96. — D'après l'article 354, c'est au procureur impérial près le tribunal de première instance que doit être remis, par la partie la plus diligente, l'acte d'adoption passé devant le juge de paix.

Dans la pratique, cette remise se fait presque toujours par requête d'avoué adressée au président du tribunal; on y joint, bien entendu, les pièces et tous les documents relatifs à l'adoption.

Cette pratique, qui n'est pas, il est vrai, conforme au texte de notre article, en remplit d'ailleurs parfaitement le but, et s'accorde même davantage avec le mode de procéder que la loi trace d'ordinaire dans ces sortes d'affaires (*voy.* entre autres, art. 859 procéd.). Ajoutez que dans ce cas particulier, la requête de l'avoué a l'avantage de constater que la remise des pièces a été faite dans le délai de dix jours ou d'un mois (art. 354, 357); de constater, dis-je, cette remise, d'une manière bien plus certaine que ne ferait la remise faite par la partie elle-même.

Il faut toutefois remarquer que le tarif des dépens n'alloue aucun droit à l'avoué pour cette requête.

97. — Aucun article n'indique de quelle manière la Cour sera saisie; mais il est évident qu'il faut suivre le même mode de procéder qu'en première instance, et par conséquent remettre les pièces au procureur général, si on s'en tient au texte de l'article 354, ou au premier président, par le ministère d'un avoué, si on suit la pratique que le texte de l'article 357 semblerait ici même justifier, en disant que *le jugement sera soumis à la Cour impériale.*

98. — Beaucoup d'auteurs enseignent que si une expédition de l'acte d'adoption n'a pas été remise soit au tribunal, dans le délai de dix jours imparti par l'article 354, soit à la Cour impériale, dans le délai d'un mois imparti par l'article 357, cet acte est de plein droit réputé non avenu.

Ces deux délais, dit-on, doivent être de rigueur :

1° Autrement, la loi, en ce point, n'aurait aucune sanction; et on ne voit pas pourquoi elle aurait déter-

miné un délai de dix jours ou d'un mois, si l'expédition pouvait être tout aussi bien remise après vingt jours ou après deux mois, qui sait même! après une année, ou plus encore peut-être! car une fois en dehors du délai légal, il n'y a plus de règle ni de limite.

2° Cette matière est exceptionnelle; et toutes les prescriptions de la loi, celles-là même qui pourraient ne paraître que réglementaires, n'en sont pas moins essentielles pour que l'acte juridique et purement civil, qu'elles ont pour but de produire, puisse être en effet juridiquement et civilement produit.

3° Aux termes de l'article 360, l'adoption même déjà homologuée par jugement et par arrêt, devient nulle, si elle n'est pas inscrite sur les registres de l'état civil dans le délai de trois mois; à combien plus forte raison doit-il en être ainsi de l'acte d'adoption qui n'a pas encore reçu l'homologation judiciaire! Pourrait-on comprendre que le délai de trois mois, fixé par l'article 360, fût de rigueur, et que les délais de dix jours ou d'un mois, fixés par les articles 354 et 357, pussent être impunément dépassés!

4° Il s'agit d'ailleurs ici d'une question qui ne doit pas demeurer longtemps indécise; et il importe que les rapports nouveaux, dont l'adoption doit être l'origine, soient promptement et irrévocablement fixés. Les parties, en conséquence, sont réputées ne s'être réciproquement obligées que sous la condition résolutoire que l'expédition de l'acte serait présentée par l'une d'elles dans les dix jours au tribunal et dans le mois à la Cour. Le défaut d'accomplissement de cette condition les délie de part et d'autre; et il faudrait un nouvel acte devant le juge de paix, si les parties voulaient encore donner suite à leur projet d'adoption (Toullier, t. I, n° 1002; Duranton, t. III, n° 303; Marcadé, t. II, art. 354, n° 1; D., *Rec. alph.*, v° *Adoption*,

nos 137 et 148; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 528; ajout. aussi Demante, t. II, n° 94 *bis*).

Cette opinion rigoureuse ne me paraît pas suffisamment justifiée :

1° Les articles 354 et 357, bien différents de l'article 360, ne prononcent aucune déchéance par suite de l'expiration des délais qu'ils déterminent; et ce silence semble d'autant plus significatif que le Tribunat avait au contraire proposé d'y insérer formellement aussi cette déchéance, en ces termes :

« A défaut par les parties intéressées de se conformer aux délais prescrits par les articles 9, 12 et 14 du projet du Conseil d'État (aujourd'hui les articles 354, 357, 360), tous actes et jugements relatifs à l'adoption seront considérés comme non avenus. » (Locré, t. VI, p. 591);

Or, ce n'est que pour l'un des trois cas seulement, parmi ceux auxquels s'appliquait cette rédaction proposée par le Tribunat, que la peine de nullité a été prononcée;

Donc, on n'a pas eu finalement l'intention de la prononcer pour les deux autres.

2° Mais on prétend que c'est *a fortiori* que la déchéance doit être encourue pour l'inobservation des deux délais marqués par les articles 354 et 357.

L'argument *a fortiori* ne me paraît pas, au contraire, bien procéder; et l'hypothèse de l'article 360 est très-différente. Dans cette hypothèse, en effet, l'acte d'adoption est homologué et ne doit plus revenir devant la justice. La seule formalité qui reste à remplir dépend désormais seulement des parties; et il fallait bien alors leur impartir un délai fatal, car on n'avait aucun autre moyen de les contraindre à en finir.

Telle n'est pas l'hypothèse des articles 354 et 357. Le tribunal ou la Cour doit être encore appelé à se

prononcer sur l'acte d'adoption; et on comprend très-bien que le législateur ait pu trouver ici une garantie suffisante contre l'inobservation des délais par lui prescrits, sans vouloir dès lors y attacher nécessairement la peine de nullité. Les magistrats, en effet, lorsque les délais seront expirés, ne manqueront jamais de s'en étonner et par conséquent d'en rechercher les causes, et de se montrer, en pareil cas, très-difficiles envers un projet d'adoption suspect par cela même que les parties ne seront pas dans l'ordre régulier et qu'elles auront elles-mêmes montré peu d'empressement. Ils pourront très-souvent alors refuser l'homologation.

Mais si pourtant ils l'accordent, parce que le délai n'aurait été dépassé que de quelques jours, parce que les causes de ce retard leur paraîtront sérieuses et légitimes, parce qu'enfin l'adoption elle-même serait digne, en tout point, de leur approbation, le système qui, après tout cela, voudrait en prononcer la nullité, lorsque l'adoptant serait décédé vingt ans peut-être depuis l'adoption, ce système ne serait-il pas excessif! C'est dépasser la mesure, c'est mettre une déchéance inexorable et aveugle là où l'appréciation discrétionnaire des magistrats me paraît offrir une garantie très-suffisante et certainement aussi plus intelligente (comp. Grenoble, 7 mars 1849, Labalty, Dev., 1850, II, 209; Delvincourt, t. I, p. 97, note 4; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 641; Massé et Vergé, t. I, p. 347; Riffé, *de l'Adoption*, p. 67; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 1002, note *a*; *voy.* au reste *infra*, n° 197).

Notre savant collègue, M. Valette, après avoir d'abord enseigné la doctrine contraire (dans ses *Annotations* sur Proudhon, t. II, p. 204, note *a*, n° 11), vient de se rallier à celle-ci (dans son *Explicat. somm. du liv. I du Code Napol.*, p. 193).

99. — Est-il nécessaire que l'acte d'adoption reçoive l'homologation successive du tribunal de première instance et de la Cour impériale?

En d'autres termes, faut-il toujours que l'arrêt soit confirmatif du jugement, de sorte que l'acte d'adoption ne pourrait être porté devant la Cour que dans le cas où le jugement aurait déclaré qu'il y a lieu à l'adoption?

On a invoqué, pour soutenir l'affirmative, les termes de l'article 357 ; on a prétendu que ces mots : *le jugement est confirmé*, se rapportaient exclusivement à ceux-ci : *en conséquence il y a lieu à l'adoption ;* tandis que cette partie de la formule : *le jugement est réformé*, ne correspondait qu'à cette autre partie : *en conséquence, il n'y a pas lieu à l'adoption.*

Mais cette opinion nous paraît complétement inadmissible :

1° Parce qu'elle est contraire au système général de notre organisation judiciaire ;

2° Parce que tout annonce que le législateur n'a pas voulu faire, pour notre hypothèse, une telle exception.

Voici en effet trois dispositions qui se trouvaient dans l'un des projets auxquels notre titre a donné lieu :

Article 25 (correspondant à l'article 356 du Code) : « Si le tribunal accueille la demande, son jugement « portera qu'il autorise l'adoption. »

Article 26 (correspondant à l'article 357) : « *S'il re-* « *fuse cette autorisation, l'on pourra appeler de son juge-* « *ment.* »

Article 27 (correspondant à l'article 357) : « S'il l'ac- « corde, l'adoption ne pourra toujours avoir lieu qu'a- « vec la confirmation du tribunal supérieur. » (Locré, t. VI, p. 436.)

Il est évident que l'article 357 a eu pour but de re-

produire la même théorie dans une rédaction plus concise ; et tel est bien le sens qu'il présente. On ne peut nier, en effet, que d'après l'article 357, le jugement du tribunal peut être, dans tous les cas, déféré à la Cour impériale, soit qu'il ait admis, soit qu'il ait rejeté l'adoption ; donc, l'adoption, rejetée en première instance, peut être admise en appel. Et voilà aussi ce qui résulte de la formule indiquée par notre article :

Si *le jugement est confirmé....* on dira : *il y a lieu*, ou *il n'y a pas lieu à l'adoption*, suivant que ce jugement l'aura admise ou rejetée.

De même si *le jugement est réformé*, on dira encore suivant les cas : *il y a lieu*, ou *il n'y a pas lieu à l'adoption.* Cette dernière partie de la formule se rapporte en effet également à chacune des deux hypothèses, soit de la confirmation, soit de l'infirmation du jugement. Aussi la pratique n'a-t-elle jamais eu la moindre hésitation sur ce point (Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 641 ; Valette sur Proudhon, t. II, p. 205, note *a;* Riffé, p. 69 ; Ducaurroy, t. I, n° 526; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 998, note *a*).

99 *bis.* — C'est une question controversée que celle de savoir si les arrêts, qui admettent ou qui rejettent une adoption, doivent être rendus en audience ordinaire ou en audience solennelle.

La pratique, à cet égard, n'est pas uniforme; et parmi les Cours impériales, les unes, à ce qu'il paraît, statuent sur les affaires d'adoption en audience ordinaire, tandis que les autres y statuent en audience solennelle.

La Cour de Cassation semblerait avoir donné tout à la fois raison aux unes et autres, en décidant seulement que les arrêts, en matière d'adoption, *peuvent* être rendus en audience solennelle. (24 août 1852, Boullier, Dev., 1853, I, 17.)

Mais pourtant, le principe est que les causes doivent rester à l'audience ordinaire, à l'exception de celles qui sont énoncées dans l'article 22 du décret du 30 mars 1808, à savoir : les contestations sur l'état civil des citoyens, à moins qu'elles ne doivent être décidées à bref délai ou avec des formes particulières, qui ne comportent pas une instruction solennelle, les prises à partie et les renvois après cassation d'un arrêt;

Or, d'une part, les causes relatives aux demandes d'adoption, bien que relatives à l'état civil des citoyens, ne constituent pas, en réalité, *des contestations* sur cet état civil; elles appartiennent à la juridiction gracieuse bien plutôt qu'à la juridiction contentieuse; ce sont des arrêts d'*homologation* (art. 354); et d'autre part, en considérant ces sortes de causes comme des *contestations sur l'état civil*, elles rentreraient elles-mêmes dans l'exception que fait, à cet égard, l'article 22 précité, relativement à celles de ces causes, *qui doivent être décidées à bref délai ou avec des formes particulières, qui ne comportent pas une instruction solennelle;*

Donc, légalement, les causes relatives à des demandes d'adoption, doivent être portées en audience ordinaire.

Telle serait, en effet, la conclusion qui nous paraîtrait la plus légale (comp. Limoges, 4 juin 1840; Lajugie-Lavergne, Dev., 1850, II, 50, note 4; Dijon, 9 août 1854, X..., Dev., 1856, II, 17; Marcadé, *Observations*, h. loc.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 642; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Code Napol.*, p. 201).

La doctrine contraire est toutefois enseignée par MM. Massé et Vergé (sur Zachariæ, t. I, p. 348; comp. aussi Grenoble 7 mars 1849, Labally, Dev., 1850, II, 209).

Ce qui est certain d'ailleurs, c'est que les demandes en nullité d'adoption doivent être jugées en audience solennelle; car, pour celles-là, elles constituent bien des contestations sur l'état civil des citoyens (comp. l'arrêt précité de la Cour de Grenoble).

100. — L'arrêt, qui rejette une adoption, ne pourrait pas être attaqué par la voie du recours en cassation; car il n'est pas motivé, et la Cour suprême serait dans l'impossibilité de savoir si la Cour impériale ne s'est pas décidée par des considérations de fait, dont elle a l'appréciation souveraine. Dans tous les cas d'ailleurs, cette absence de motifs ne permet jamais de dire que la loi ait été violée ou faussement appliquée.

On ne saurait méconnaître toutefois que cette conséquence de ce mode de procéder ne soit infiniment grave.

Quel moyen, en effet, les parties auraient-elles de vaincre la résistance d'une Cour impériale, qui jugerait une question de droit, en matière d'adoption, contrairement à la Cour de Cassation, qui, par exemple, déclarerait juridiquement impossible l'adoption d'un enfant naturel? Je n'en verrais pas d'autre que le changement de domicile de l'adoptant, qui devrait aller s'établir dans le ressort d'une autre Cour impériale, dont la jurisprudence serait différente.

101. — Le pourvoi en cassation serait toutefois possible, même contre l'arrêt qui aurait rejeté l'adoption, si cet arrêt avait violé les formes requises pour la validité des jugements en matière civile (Cass., 14 novembre 1815, Bernard, Sirey, 1816, i, 45).

Mais la cassation, même en pareil cas, serait-elle un bien grand succès pour les parties? et ne pourraient-elles pas, sans se pourvoir en cassation, renouveler leur contrat et leur demande d'homologation? (*Supra*, n° 122.)

102. — Autant le secret était désirable, tant que l'adoption n'était pas définitivement admise, autant la publicité devient, après cela, nécessaire pour apprendre aux tiers les rapports nouveaux que l'adoption, désormais irrévocable, a formés.

De là l'article 357, qui veut que l'arrêt d'homologation soit prononcé à l'audience et affiché en tels lieux et en tel nombre d'exemplaires que la Cour jugera convenable.

103. — 3° De là aussi l'article 359 :

« Dans les trois mois qui suivront ce jugement[1], « l'adoption sera inscrite, à la réquisition de l'une ou « de l'autre des parties, sur le registre de l'état civil « du lieu où l'adoptant sera domicilié.

« Cette inscription n'aura lieu que sur le vu d'une « expédition en forme du jugement de la Cour impé- « riale, et *l'adoption restera sans effet, si elle n'a été « inscrite dans ce délai.* »

Il est rationnel que cette espèce de *naissance civile*, comme dit Proudhon (t. I, p. 269), soit constatée sur le registre des actes de naissance.

104. — L'article 359 n'explique pas, en détail, de quelle manière cette inscription doit être faite par l'officier de l'état civil.

Je n'hésite pas à considérer comme très-inexacte *la formule* qui fut adressée, par le gouvernement, aux officiers de l'état civil, en exécution de l'avis du Conseil d'État du 12 thermidor an XII (31 juillet 1804). D'après cette formule, les deux parties devraient être présentes; et l'officier de l'état civil prononcerait entre elles l'adoption au nom de la loi, à peu près comme il fait pour la célébration d'un mariage (Locré, *Législ. civ.*, t. III, p. 277).

1. Ou plutôt cet *arrêt;* voy. *supra*, n° 91, note 1.

Il est évident, d'après l'article 359, qu'il suffit que la réquisition soit faite *par l'une ou l'autre des parties*, et que l'officier de l'état civil n'a ici autre chose à faire que d'inscrire l'acte d'adoption.

105. — Mais cette inscription elle-même, en quoi consiste-t-elle?

Est-ce le contrat passé devant le juge de paix ou l'arrêt d'homologation qui doit être inscrit?

La signature de la partie qui a fait la réquisition, est-elle nécessaire? ou du moins faut-il que l'officier de l'état civil déclare qu'elle ne savait ou ne pouvait pas signer? (Art. 39.)

Enfin l'officier de l'état civil doit-il être assisté de deux témoins?

De l'article 359 il semblerait résulter que c'est l'arrêt qui doit être inscrit; car c'est l'expédition de l'arrêt qui doit être présentée à l'officier de l'état civil (Taulier, p. 463).

Mais pourtant c'est l'*adoption* qui doit être inscrite; et l'adoption a surtout sa base dans le contrat. Le mieux donc est de dresser un procès-verbal qui relate l'un et l'autre.

106. — Il importe aussi que la réquisition faite à l'officier de l'état civil soit constatée, puisque c'est seulement d'après cette réquisition que l'adoption peut être inscrite; et il est prudent que la partie requérante signe ou que mention soit faite de la cause qui l'empêche de signer.

107. — J'en dis autant de la présence des témoins; à la rigueur, ce n'est point là précisément un acte de l'état civil qui soit l'œuvre de l'officier de l'état civil lui-même; l'acte est parfait; il s'est accompli ailleurs; il ne s'agit que d'une inscription en quelque sorte matérielle, comme dans d'autres circonstances où l'officier de l'état civil doit transcrire sur ses registres

l'expédition des actes qui lui sont envoyés du dehors (*voy.* notre *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, n° 307). Mais il est plus prudent, je le répète, dans cette matière exceptionnelle, que l'officier public soit assisté de deux témoins (Zachariæ, t. IV, p. 11).

Tout cela, dis-je, est plus prudent; mais si on n'avait pas eu ce soin, la nullité serait une peine extrême que le silence de la loi permettrait d'autant moins de prononcer, que nous savons qu'en ce qui concerne le sort des actes de l'état civil, plus ou moins irréguliers, notre Code s'en est remis à l'appréciation souveraine des magistrats (*voy.* notre *Traité* précité, n°s 321 et 330).

Et c'est en ce sens que la Cour de Caen, par un arrêt du 9 juillet 1846, a résolu toutes ces questions de détail qu'une même affaire souleva devant elle. La Cour de Cassation a rejeté le pourvoi qui avait été formé (23 nov. 1847, Desmares, Dev., 1848, I, 58; ajout. Grenoble, 7 mars 1849, Labalty, Dev., 1850, II, 209; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 643).

107 *bis.* — C'est sur le vu d'une expédition en forme de l'arrêt de la Cour impériale que l'inscription doit avoir lieu sur les registres de l'état civil.

Et de là il résulte certainement que l'officier de l'état civil ne serait pas tenu de déférer, et que même il ne devrait pas déférer à une réquisition d'inscription, sur le vu d'une copie de l'arrêt certifiée par un avoué.

Mais, pourtant, s'il arrivait (comme il est arrivé une fois à notre connaissance) que l'officier de l'état civil eût consenti à faire l'inscription sur le vu de cette copie, l'adoption devrait-elle être, pour cela, déclarée nulle, si le délai de trois mois était ensuite expiré sans une nouvelle inscription, faite sur le vu de l'expédition

de l'arrêt? Une telle conséquence nous semblerait d'autant plus rigoureuse, que la loi, comme nous venons de le remarquer, n'exige pas, sous peine de nullité, l'accomplissement en détail des formalités qu'elle prescrit. Ce qu'elle exige, sous peine de nullité, c'est l'inscription elle-même; or, finalement, l'inscription a eu lieu; donc, il a été satisfait à la condition essentielle que l'article 359 exige.

108. — L'inscription doit être faite dans les trois mois à dater de l'arrêt, et sur les registres de l'état civil du lieu où l'adoptant est domicilié.

L'article 359 ajoute que l'adoption restera sans effet, si elle n'a pas été inscrite *dans ce délai.*

La peine de nullité frappe-t-elle aussi l'adoption inscrite, à la vérité, *dans le délai,* mais sur les registres de l'état civil d'un lieu qui ne serait pas celui du domicile de l'adoptant?

La première partie de notre article exige que l'inscription soit faite dans la commune où l'adoptant est domicilié; or, la disposition finale se réfère à cette première partie, lorsqu'elle ajoute que l'adoption restera sans effet, si elle n'a pas *été inscrite* dans le délai.... inscrite régulièrement, inscrite comme elle doit l'être, d'après cet article même. Autrement l'inscription dans un lieu quelconque serait donc suffisante! (Montpellier, 19 avril 1842, Loubatières, Dev., 1842, II, 345; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 644.)

109. — L'adoption n'est parfaite que par l'accomplissement de toutes les formalités que nous venons d'exposer.

Mais ces formalités demandent du temps; et il peut arriver que dans l'intervalle qui s'écoule depuis le contrat passé devant le juge de paix jusqu'à l'inscription sur les registres de l'état civil, une ou même plusieurs des conditions requises soit dans la personne de l'adop-

tant, soit dans la personne de l'adopté, viennent à défaillir.

Qu'adviendra-t-il alors de cette adoption commencée déjà et non encore achevée?

La loi n'a prévu, à cet égard, qu'une seule hypothèse, celle de la mort de l'adoptant.

« Si l'adoptant venait à mourir après que l'acte « constatant la volonté de former le contrat d'adoption « a été reçu par le juge de paix et porté devant les tri- « bunaux, et avant que ceux-ci eussent définitivement « prononcé, l'instruction sera continuée et l'adoption « admise, s'il y a lieu.

« Les héritiers de l'adoptant pourront, s'ils croient « l'adoption inadmissible, remettre au procureur im- « périal tous mémoires et observations à ce sujet. » (Art. 360.)

Nous allons revenir sur la première partie de cet article, pour examiner si la disposition, qu'elle renferme, doit être restreinte au seul cas du décès de l'adoptant.

110. — Mais sachons d'abord quel est le caractère de cette espèce de faculté que la loi accorde, dans ce cas, aux héritiers de l'adoptant.

Voici, à cet égard, comment s'exprime M. Demante :

« Seulement, alors, les héritiers de l'adoptant, dont l'intérêt contraire est né, *peuvent se rendre parties dans l'instance*, à l'effet d'établir que l'adoption est inadmissible. Du reste, vu la nature de l'affaire, c'est par voie de mémoires ou d'observations remis au procureur impérial, qu'ils doivent procéder. » (*Programme*, t. I, n° 349; ajout. aussi Grenier, *de l'Adoption*, n° 22; Merlin, *Quest. de droit*, t. VII, § 11, n° 2.)

En résulte-t-il que l'affaire deviendrait *conten-*

tieuse, et que les héritiers de l'adoptant, qui s'y seraient rendus *parties*, ne pourraient plus ensuite attaquer l'arrêt qui aurait admis l'adoption? Merlin et Grenier, que je viens de citer, l'enseignent formellement; mais cette solution me paraît infiniment grave. Car enfin les héritiers ne peuvent pas alors véritablement défendre leurs droits. Point d'audience publique! point de débats contradictoires! et peut-être que déjà l'acte d'adoption a été porté devant la Cour impériale. Aussi je ne saurais croire que la remise d'un mémoire pût produire contre eux une telle déchéance. Il est vrai que la faculté, qui leur est offerte par l'article 360, n'est ainsi que de très-peu d'importance, surtout s'il est vrai que, même du vivant de l'adoptant, les parents, je ne dis pas alors *les héritiers*, eussent aussi la même faculté. Mais remarquez que du vivant de l'adoptant, les parents n'ayant aucun intérêt actuel, n'ont pas réellement qualité à cet effet, et que s'ils remettent un mémoire au procureur impérial, c'est là un pur fait qui pourrait émaner aussi bien de tout autre individu; tandis que l'article 360 les autorise légalement, dans le cas qu'il prévoit, à éclairer la justice par leurs observations; et le procureur impérial ne pourrait pas, dans ce dernier cas, ne pas les soumettre aux magistrats.

111. — J'ai dit qu'en principe toutes les conditions requises pour la validité de l'adoption doivent exister au moment où le contrat est reçu par le juge de paix.

En effet, ce contrat doit lier les parties par un engagement réciproque (*supra*, n°s 85, 86);

Or, il n'y aurait pas d'engagement, si le contrat n'était pas valable; et le contrat ne serait pas valable, si, au moment même où il se forme, toutes les conditions requises par la loi n'étaient pas accomplies;

l'absence de l'une des conditions requises ouvrant à chacune des parties une action en nullité ;

Donc, elles ne seraient pas irrévocablement engagées l'une envers l'autre; donc, la base même de l'adoption ne serait pas assurée, si toutes les conditions requises n'existaient pas au moment du contrat.

112. — Suit-il de là que le juge de paix aurait qualité pour exiger la preuve de l'accomplissement des conditions requises et pour refuser de recevoir le contrat, si cette preuve ne lui était pas fournie?

La conséquence semblerait, à première vue, rationnelle ; car enfin le juge de paix ne doit prêter son ministère qu'à une convention permise par la loi ; or, cette convention n'est permise que sous certaines conditions; donc, il a le devoir d'en vérifier l'accomplissement. C'est ainsi que l'officier de l'état civil doit, avant de célébrer un mariage, s'assurer si toutes les conditions requises par la loi sont remplies (*voy.* notre t. III, n° 136). Serait-il convenable, par exemple, que le juge de paix fût obligé de recevoir un acte d'adoption passé par un époux, qui ne représenterait pas le consentement de son conjoint, ou par un fils de famille, mineur de vingt-cinq ans, qui ne représenterait pas le consentement de ses père et mère?

Et si cette doctrine était fondée, on devrait encore en conclure que les parties intéressées à empêcher l'adoption, pourraient y former opposition devant le juge de paix ; et il faut bien effectivement, dirait-on, que les parties intéressées aient le moyen de signaler les empêchements qui s'opposent à l'adoption.

Cette doctrine toutefois ne me paraît pas fondée :

Il est vrai que toutes les conditions requises par la loi pour la validité de l'adoption, doivent exister au moment où les parties expriment leurs consentements respectifs devant le juge de paix; mais à quelle auto-

rité la loi confie-t-elle le soin de vérifier si toutes les conditions sont accomplies? c'est au tribunal de première instance et à la Cour impériale (art. 355-357). Or, ce mode de procéder tout spécial, ne permet pas d'appliquer au juge de paix les principes très-différents, qui règlent les devoirs de l'officier de l'état civil pour la célébration des mariages.

Supposez, en effet, que le juge de paix soit fondé à refuser de recevoir le contrat d'adoption, soit parce qu'il prétend savoir personnellement que l'une des conditions requises n'existe pas, soit parce qu'un acte d'opposition aurait été formé entre ses mains? il faudrait donc l'assigner devant le tribunal de première instance pour avoir raison de sa résistance, ou pour obtenir la mainlevée de l'opposition. Mais un tel résultat viole doublement la théorie du Code Napoléon en cette matière :

1° Vous auriez alors un procès ordinaire, un débat public, tandis que la loi a organisé une procédure exceptionnelle et secrète;

2° Vous demanderiez d'avance au tribunal, et en cas d'appel, à la Cour elle-même, de se prononcer sur une question qui doit nécessairement leur revenir plus tard, et sur laquelle ils auraient ainsi deux fois à statuer!

Mais alors, direz-vous, par quels moyens légaux et juridiques les parties intéressées, le conjoint par exemple de celui qui se propose d'adopter, ou le père de celui qui veut se donner en adoption, par quels moyens pourront-ils dénoncer les empêchements et faire valoir l'intérêt qui les autorise à s'opposer à l'adoption? par des notes, par des observations ou mémoires, qu'ils remettront au procureur impérial près le tribunal, ou au procureur général près la Cour impériale, ou aux magistrats individuellement. Voilà ce qui

me paraît résulter de la théorie du Code Napoléon, qui n'a point organisé, en cette matière, un mode officiel d'opposition.

Peut-être est-il regrettable que le droit des tiers intéressés à empêcher l'adoption n'ait pas plus spécialement attiré l'attention du législateur; mais il a craint sans doute d'éveiller ainsi la publicité, qu'il prend à cœur au contraire d'éviter.

De ce qui précède, je conclus que le juge de paix ne serait pas fondé à différer d'un mois la réception du contrat d'adoption, lors même que l'adopté, ne pouvant pas obtenir le consentement de son ascendant, aurait notifié à celui-ci un acte respectueux (*supra*, n° 36).

Et le mal ici n'est pas grand, puisque le contrat passé devant le juge de paix ne termine pas tout, et que l'ascendant pourra présenter ses observations au tribunal et à la Cour.

113. — Revenons maintenant à la question que j'annonçais plus haut (n° 109).

Suffit-il que les conditions requises existent au moment de la formation du contrat devant le juge de paix ?

Ou bien est-il nécessaire qu'elles continuent d'exister encore jusqu'à une certaine époque de la procédure?

Et quelle serait alors cette époque?

Le Code Napoléon n'a pas résolu, textuellement du moins, cette question ; et comme la procédure en adoption présente plusieurs phases, on pourrait proposer et on a effectivement proposé plusieurs systèmes différents.

114. — A. On pourrait soutenir d'abord que toutes les conditions requises doivent continuer d'exister jusqu'à ce que l'adoption soit inscrite sur les registres de l'état civil.

Ces conditions sont nécessaires pour que l'adoption s'accomplisse, et elles doivent dès lors exister, tant que l'adoption n'est pas encore accomplie; or, l'adoption n'est accomplie que lorsqu'elle est inscrite sur les registres de l'état civil; tout ce qui se fait jusque-là n'est que préparatoire; le tribunal et la Cour elle-même se bornent à déclarer qu'il *y a lieu à l'adoption* (art. 356, 357), ce qui suppose évidemment que l'adoption n'est pas encore faite (Proudhon, t. I, p. 212).

La formule d'acte d'adoption envoyée par le ministre de l'intérieur aux officiers de l'état civil (*supra*, n° 104) favoriserait beaucoup cette opinion (Locré, *Légist. civ.*, t. III, p. 277).

115. — B. Un second système propose de s'attacher à la date de l'arrêt de la Cour impériale, qui déclare qu'il y a lieu à l'adoption.

Jusqu'à cette époque, les conditions requises doivent exister, pour que la Cour, au moment où elle prononce, puisse dire en effet qu'il y a lieu à l'adoption; mais l'arrêt une fois rendu, il ne s'agit plus que d'une formalité extrinsèque, d'une simple inscription sur les registres de l'état civil; et dès lors il n'est pas nécessaire que les conditions requises continuent d'exister jusqu'à ce moment.

116. — C. Ces deux premières opinions ne sauraient évidemment prévaloir.

En effet, aux termes de l'article 360, la mort de l'adoptant, avant l'inscription sur les registres de l'état civil, et même avant l'arrêt de la Cour, n'empêche pas la continuation de la procédure;

Or, la vie de l'adoptant est certes l'une des conditions requises, et des plus essentielles, pour que l'adoption s'accomplisse;

Donc, les conditions requises pour que l'adoption s'accomplisse, ne doivent pas nécessairement exister

jusqu'à l'inscription sur les registres de l'état civil ni même jusqu'à l'arrêt.

Cet article 360 doit faire, à cet égard, la règle ;

Or, il déclare que si l'adoptant vient à mourir après que l'acte constatant la volonté d'adopter a été reçu par le juge de paix *et porté devant les tribunaux*, l'instruction sera continuée ;

Donc, il est tout à la fois nécessaire et suffisant que les conditions continuent d'exister jusqu'à ce que l'acte d'adoption ait été remis par l'une des parties au procureur impérial.

Peu importe que ce magistrat lui-même en ait ou n'en ait pas déjà saisi le tribunal ; mais du moins faut-il que l'acte lui ait été remis ; car sans cela, il n'aurait pas *été porté devant les tribunaux*. Le texte est formel ; et dès lors, si l'adoptant mourait, ou si toute autre condition venait à manquer après que l'acte d'adoption aurait été reçu par le juge de paix, mais avant qu'il eût été porté devant les tribunaux, l'instruction ne pourrait pas être continuée (Grenier, n° 24 ; Duranton, t. III, n° 302, note 2 ; Marcadé, art. 360, n° 2 ; Taulier, t. I, p. 465 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 349).

117. — D. Un autre système a proposé de distinguer entre la capacité *de fait* et la capacité *de droit*, ou autrement, entre l'*exercice* et la *jouissance* des droits ou des facultés nécessaires pour adopter ou être adopté.

Il suffirait que la capacité de fait existât au moment du contrat passé devant le juge de paix. Par exemple, le consentement exprimé dans cet acte par les deux parties, subsisterait légalement, malgré la démence ou l'interdiction, dont l'une ou l'autre viendrait à être frappée ensuite. C'est ainsi que la volonté testamentaire valablement exprimée n'est pas anéantie par la démence ou l'interdiction du testateur.

Mais, quant à la capacité de droit, quant à la jouis-

sance par exemple des droits civils, il faudrait qu'elle continuât d'exister jusqu'à l'époque où l'adoption est accomplie, c'est-à-dire jusqu'à l'arrêt de la Cour, suivant les uns, jusqu'à l'inscription sur les registres de l'état civil, suivant les autres (Marcadé, art. 360, n° 2; *voy.* aussi Demante, *Programme*, t. I, n° 349, et *Cours analyt.*, t. II, n°s 95 *bis*, I et II).

118. — E. Pour ma part, je pense qu'il suffit que les conditions requises existent au moment du contrat passé devant le juge de paix, et que tout empêchement, soit de fait, soit de droit, qui surviendrait ensuite, et même avant que l'acte eût été porté devant les tribunaux, ne devrait pas faire obstacle à l'homologation judiciaire. Les magistrats sans doute pourront avoir égard, en fait, à cet empêchement survenu depuis le contrat pour refuser l'homologation; ils le pourront d'autant mieux qu'ils ne motivent pas leur décision; mais en droit, l'adoption n'est pas ainsi rendue dès lors impossible.

Il me paraît résulter de toute l'économie de notre matière, que l'adoption elle-même se forme par le contrat passé devant le juge de paix; c'est en ce sens qu'aux termes de l'article 343, il faut que l'adoptant n'ait pas de descendants légitimes *à l'époque de l'adoption*, c'est-à-dire au moment où les consentements respectifs forment le contrat d'adoption.

Les formalités, les conditions qu'il faut remplir ensuite, ont donc seulement pour but de vérifier si ce contrat s'est en effet valablement formé; la preuve en est que l'instruction peut être désormais poursuivie par l'une des parties indistinctement sans le concours de l'autre; la preuve en est surtout dans l'article 360, qui déclare que la mort de l'adoptant, après le contrat passé devant le juge de paix, n'empêche pas la continuation de l'instruction.

Mais c'est ici que m'arrête l'une des opinions dissidentes : l'article 360 exige que l'acte d'adoption ait été porté devant les tribunaux!

Je réponds que l'article 360 n'a pas pu vouloir et n'a pas voulu faire de cette circonstance une condition nécessaire.

Quel est le motif essentiel de cet article ; M. Réal l'a dit : « Les démarches que l'adoptant a faites, doivent avoir la même force que son vœu testamentaire. » (Locré, t. VI, p. 571, art. 336.)

Or, est-il raisonnable d'appliquer cette pensée à la remise de l'acte d'adoption au procureur impérial? non, certes! car cette remise a pu être faite par l'adopté seulement. Ce qui doit équivaloir à un vœu d'adoption testamentaire, c'est le consentement donné à une adoption contractuelle, déjà parfaite et irrévocable ! Voilà la raison et la logique. Aussi la rédaction première de notre article 360 ne renfermait-elle pas d'abord ces expressions : *et porté devant les tribunaux*. Ces mots y ont été ajoutés depuis, sans qu'aucune explication en ait été fournie ; il faut croire que le rédacteur s'est uniquement placé au point de vue de la pratique et n'aura pas supposé que le décès de l'adoptant aurait lieu dans le bref délai de dix jours (art. 354). C'est donc là une simple énonciation qui n'a rien de conditionnel.

En vain on a dit que la nécessité de la remise de l'acte au procureur impérial avant le décès de l'adoptant, avait pour but de déjouer les manœuvres coupables qui auraient surpris ou arraché une adoption à un homme déjà affaibli par les approches de la mort!

Ce motif-là n'est pas sérieux.

Est-ce que le fait seul de cette remise avant son décès offrirait une garantie quelconque contre le danger

que l'on signale ? Est-ce que cette remise ne peut pas être faite par l'adopté tout seul ? Est-ce qu'enfin la vérification n'aura pas lieu, dans tous les cas, après le décès de l'adoptant, et n'est-ce pas pour cela que la loi autorise ses héritiers à produire des observations et des mémoires ? (Orléans, 17 juin 1842, Ropion, *J. du P.*, t. II de 1842, p. 52; Delvincourt, t. I, p. 97, note 3; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 647, 648; Valette sur Proudhon, t. II, p. 207, note *a* et p. 213, note *a*; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 1004, note *c*; Ducaurroy, t. I, n° 529.)

119. — Beaucoup d'auteurs ajoutent que l'article 360, qui ne prévoit que le décès de l'adoptant, n'est pas, à cet égard, limitatif, et qu'il n'y a pas de motif pour que l'instruction ne dût pas être aussi continuée après le décès de l'adopté (Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra cit.*).

Marcadé explique même cette rédaction de l'article 360, en disant que « l'adoptant sera souvent disposé à conférer aux héritiers de l'adopté, lors surtout que ce seront des descendants, le bénéfice de l'adoption.... » (T. II, art. 360, n° 2.)

Mais il est clair pourtant que le bénéfice de l'adoption est tout personnel, et qu'en principe, le décès de l'adopté pendant l'instruction, rend désormais cette adoption inutile. Voilà pourquoi l'article 360 n'a parlé que du décès de l'adoptant.

Si l'adopté ne laisse pas d'enfants, l'adoptant pourra bien sans doute adopter *ses héritiers* ; mais ce sera une nouvelle adoption, une adoption toute différente de la première, et pour laquelle il faudra que les parties se trouvent respectivement dans toutes les conditions requises par la loi.

Si l'adopté laisse des enfants, l'adoption pourrait-elle être homologuée, malgré son décès ? Cette question

dépend, suivant moi, d'une autre question aussi très-délicate, à savoir :

Les enfants de l'adopté peuvent-ils le représenter dans la succession de l'adoptant?

Si on admet, sur cette question, l'affirmative, il me semblerait rationnel que l'adoption pût alors être homologuée même après le décès de l'adopté, dans l'intérêt de ses enfants (arg. des articles 360 et 759); de même que l'enfant naturel peut être légitimé après sa mort, dans l'intérêt de ses enfants (art. 332).

Mais les enfants de l'adopté le représentent-ils dans la succession de l'adoptant? (*infra*, n° 139.)

120. — L'adoption ne produit aucun effet tant qu'elle n'a pas été inscrite sur les registres de l'état civil (art. 359).

Mais les effets de l'adoption, une fois inscrite, remontent au jour du contrat passé devant le juge de paix. Telle est la conséquence du principe que nous venons de poser, et d'après lequel l'adoption est formée par ce contrat, sous la condition suspensive que les formalités nécessaires seront ensuite accomplies (arg. de l'article 1179).

121. — Il n'y a même pas lieu, en général, d'excepter, ainsi que l'a proposé M. Grenier (n° 26), les effets de l'adoption quant aux tiers.

Certainement la donation que l'adoptant aurait faite à des tiers depuis le contrat d'adoption, serait réductible dans le cas où elle entamerait la réserve de l'adopté (*infra*, n°s 158-160).

122. — On a demandé si les mêmes parties, dont la demande à fin d'adoption aurait été rejetée, pourraient ensuite la renouveler soit devant les mêmes magistrats, soit devant d'autres, dans le cas où l'adoptant aurait changé de domicile?

L'affirmative nous paraît certaine. Les décisions

judiciaires, qui refusent l'homologation d'un contrat d'adoption, n'étant pas motivées, on ne connaît pas la cause qui a déterminé le rejet. Il se peut que cette cause soit permanente, ou que, du moins, elle dure encore; mais il est également possible qu'elle ne fût que temporaire et qu'elle ait cessé; comme si, par exemple, l'homologation n'avait été refusée que parce que l'adopté n'était pas majeur, ou parce qu'il ne représentait pas le consentement de ses père et mère, etc.

Ce n'est donc que *quant à présent* et *en l'état* que l'homologation a été refusée.

Ajoutez, d'ailleurs, qu'il s'agit ici d'un acte de juridiction volontaire, qui ne produit pas en général l'autorité de la chose jugée, ni l'exception *non bis in idem* (Lyon, 6 février 1833, Guillard, Dev., 1833, II, 214; Duranton, t. III, n° 203; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 646).

SECTION II.

DES FORMES DE L'ADOPTION TESTAMENTAIRE.

SOMMAIRE.

123. — L'adoption testamentaire peut être faite indistinctement suivant l'une des trois formes de testament admises par la loi.
124. — Il n'est pas nécessaire que le testament renferme une disposition de biens.
125. — L'adoption testamentaire est révocable, par le testateur, tant qu'il existe.
126. — Après le décès du testateur, l'adoption testamentaire est-elle soumise à quelque formalité? Faut-il qu'elle soit homologuée par les magistrats et inscrite sur les registres de l'état civil?

123. — Nous avons déjà exposé les conditions intrinsèques de l'adoption testamentaire.

Peu de mots suffiront pour faire connaître ses formes extrinsèques.

Ainsi que son nom même l'annonce, elle doit être faite par *acte testamentaire* (art. 366); et ces mots comprennent indistinctement les trois formes de testament reconnues par la loi (art. 969); elle pourrait donc être faite par un testament olographe ainsi que par un testament notarié.

124. — Il n'est pas nécessaire que le testament renferme alors une disposition quelconque de biens (art. 895); l'acte est ici testamentaire, principalement sous le rapport de la forme.

125. — Que l'adoption testamentaire soit révocable tant que le testateur existe, c'est là encore une proposition incontestable (art. 895); la révocabilité est de l'essence de toute disposition testamentaire (*voy.* notre *Traité de la Paternité et de la filiation*, n° 455).

126. — Mais, après le décès du testateur, l'adoption testamentaire est-elle soumise à quelque condition, à quelque formalité? Faut-il, par exemple, qu'elle soit homologuée par le tribunal et par la Cour?

On pourrait dire :

L'adoption testamentaire aura, comme toute adoption, pour effet, de conférer le nom de l'adoptant à l'adopté; de créer certains empêchements de mariage; d'intervertir l'ordre des successions;

Or, c'est à raison de ces effets de l'adoption que la loi exige l'homologation judiciaire;

Donc, cette homologation est également requise pour l'adoption conférée par testament.

Et ces motifs prouvent aussi qu'elle doit être inscrite sur les registres de l'état civil (Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, art. 366, n° 535).

Pourtant le texte de la loi n'exige pas ici ces formalités (art. 366). Est-ce à dessein, parce que l'adoption ne produit pas alors de rapports personnels entre

l'adoptant et l'adopté, parce que, d'ailleurs, elle a été précédée *de la tutelle officieuse* qui a été elle-même l'objet d'une autorisation? Est-ce, au contraire, par inadvertance et par oubli? Il serait difficile de le dire; mais enfin le silence du texte ne me paraîtrait guère permettre de déclarer l'annulation ou plutôt la non-existence d'une adoption testamentaire pour défaut d'homologation judiciaire ou d'inscription sur les registres de l'état civil.

Mais il serait, dans tous les cas, plus prudent de remplir toutes les formalités de l'adoption contractuelle (comp. Proudhon, t. II, p. 209; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 657; Massé et Vergé, t. I, p. 356; Odilon Barrot, *Encyclop. du droit*, n° 62; Demante, t. II, n° 105 *bis*, IV et V).

CHAPITRE III.

QUELS SONT LES EFFETS DE L'ADOPTION?

SOMMAIRE.

127. — L'adoption n'est pas révoquée par la survenance d'un enfant légitime de l'adoptant. — Elle n'est révocable ni pour cause d'ingratitude de l'adopté, ni pour cause d'inexécution des conditions.
128. — L'adoption ne pourrait pas être révoquée par le consentement mutuel de l'adoptant et de l'adopté, même en suivant toutes les formalités qui ont été employées pour l'accomplir.
129. — Les effets de l'adoption se résument en trois propositions principales :
130. — 1° L'adopté reste dans sa famille naturelle. — Conséquences.
131. — Suite.
132. — 2° L'adopté n'entre pas dans la famille de l'adoptant.
133. — Suite.
134. — Suite.

135. — Suite. — L'adoption produit certains empêchements de mariage.

136. — Ces empêchements sont-ils dirimants ou seulement prohibitifs? — Renvoi.

137. — L'adoption produit-elle l'alliance entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté? etc.

138. — Les parents de l'adoptant et les parents de l'adopté demeurent étrangers les uns aux autres.

139. — Les enfants de l'adopté deviennent-ils civilement les petits-enfants de l'adoptant?

140. — Suite. — Faut-il distinguer entre les enfants de l'adopté déjà nés avant l'adoption et ses enfants nés postérieurement?

141. — Suite.

142. — 3° Les effets de l'adoption entre l'adoptant et l'adopté doivent être examinés à une double époque : d'abord, du vivant de l'adoptant et de l'adopté, et ensuite après le décès de l'un d'eux.

143. — A. Le Code Napoléon ne détermine que trois effets entre-vifs de l'adoption :

144. — 1° L'adoption confère le nom de l'adoptant à l'adopté, qui l'ajoute à son nom propre.

144 *bis*. — *Quid*, en ce qui concerne les titres de noblesse, les armoiries, etc. ?

145. — *Quid*, si l'adoption est faite par une femme mariée ou veuve ?

146. — 2° L'adoption produit entre l'adoptant et l'adopté un empêchement de mariage. — Renvoi.

147. — 3° L'adoption produit entre l'adoptant et l'adopté l'obligation alimentaire.

148. — L'adopté doit-il des aliments à l'adoptant avant les parents de celui-ci ?

149. — L'adoptant n'a pas le droit de puissance paternelle sur l'adopté. Celui-ci peut se marier sans lui demander son consentement et son conseil.

150. — En serait-il autrement, si l'adopté n'avait plus ses père et mère ?

151. — Le Code Napoléon n'appelle pas l'adoptant et l'adopté des noms réciproques de père et d'enfant.

152. — Suite. — Articles 299 et 312 du Code pénal. — Ne faut-il pas appliquer à l'adoptant et à l'adopté les dispositions qui établissent des incapacités et des présomptions fondées sur les qualités de père et d'enfant?

153. — B. Quels sont les droits de l'adopté dans la succession de l'adoptant?

154. — Suite. — L'adopté exclut non-seulement les collatéraux, mais aussi les ascendants de l'adoptant, qui n'ont point alors de réserve.

155. — *Quid*, si l'adopté est en concours avec des enfants légitimes que l'adoptant aurait eus en mariage depuis l'adoption?

156. — *Quid*, s'il est en concours avec d'autres enfants adoptifs ou avec un enfant naturel de l'adoptant ?

157. — L'adopté a-t-il droit à une réserve dans la succession de l'adoptant ?

158. — Comment cette réserve doit-elle être calculée et sur quels biens s'exerce-t-elle ? — Première opinion : la réserve de l'adopté ne peut pas atteindre les biens donnés entre-vifs soit avant, soit même depuis l'adoption.

159. — Deuxième opinion : il faut distinguer entre les donations antérieures et les donations postérieures à l'adoption.

160. — Troisième opinion : la réserve de l'adopté est de tout point régie par les mêmes principes que la réserve de l'enfant né en mariage.

161. — Suite.

162. — Suite. — Conclusion. — Ces solutions sont-elles applicables même à l'institution contractuelle que l'adoptant aurait faite au profit de son conjoint?

163. — Si l'adoptant s'est marié postérieurement à l'adoption, l'adopté pourra-t-il invoquer l'article 1098?

164. — L'adoption opère-t-elle de plein droit la révocation des donations entre-vifs faites par l'adoptant, comme dans le cas de survenance d'enfant, aux termes de l'article 960 ?

165. — Suite.

166. — L'adopté fait-il, par sa présence, obstacle à l'exercice, soit du droit de retour légal établi par l'article 747, soit du droit de retour conventionnel établi par les articles 951 et 952 ?

167. — Suite.

168. — Suite. — *Quid*, du droit de retour légal établi par l'article 351 ?

169. — Suite.

170. — La succession de l'adopté est dévolue à ses parents, à sa famille naturelle. — L'adoptant n'y est point appelé.

171. — En serait-il de même, si l'adopté ne laissait aucun parent au degré successible? Est-ce que l'État lui-même serait préféré à l'adoptant?

172. — Cette exclusion toutefois ne s'étend pas aux biens de la succession de l'adopté, qui proviennent de l'adoptant.

173. — Lorsque l'adopté est mort sans descendants légitimes, l'adoptant recueille dans sa succession les choses par lui données; et si l'adoptant est prédécédé, ses descendants recueillent les choses par lui données ou recueillies dans sa succession.

174. — Un autre enfant adoptif recueillerait-il dans la succession de l'adopté décédé les choses qui provenaient à celui-ci de l'adoptant?

175. — Lorsque l'adopté est mort laissant des enfants, et que ses enfants sont morts eux-mêmes avant l'adoptant, celui-ci succède encore aux choses par lui données.

176. — Si l'adopté avait laissé plusieurs enfants, l'adoptant ne pourrait recueillir que dans la succession du dernier mourant les choses par lui données.
177. — Le droit de retour légal accordé à l'adoptant ou à ses enfants, est un véritable droit héréditaire. — Conséquences.
178. — Suite.
179. — L'adoptant ou ses descendants doivent respecter les droits concédés à des tiers soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, soit entre-vifs, soit par testament.
180. — L'adoptant n'a pas de réserve sur ces biens.
181. — L'adoptant ou ses descendants pourraient-ils succéder aux actions en reprise ou au prix encore dû des choses aliénées ?
182. — Suite.

127. — L'adoption une fois inscrite sur les registres de l'état civil, est désormais irrévocable.

Elle ne serait pas *révoquée* par la survenance d'un enfant légitime de l'adoptant (arg. des articles 348 et 350 ; *infra*, n° 155).

Elle ne serait pas *révocable* pour cause d'ingratitude de l'adopté (Grenoble, 2 mars 1842, Fournier, Dev., 1843, II, 171). Seulement, l'adopté pourrait être, bien entendu, comme tout autre héritier, exclu pour cause d'indignité de la succession de l'adoptant (art. 350, 727; Cotelle, *Cours de droit civil approfondi*, t. II, p. 88).

Elle ne pourrait pas être subordonnée à des conditions dont l'inaccomplissement aurait pour résultat de la rendre révocable.

En un mot, les trois causes qui peuvent entraîner la révocation d'une donation entre-vifs (art. 953) ne sont pas applicables à l'adoption : d'abord, parce qu'aucun texte ne déclare l'adoption révoquée ou révocable par l'une de ces causes ; ensuite, parce que l'adoption, en effet, n'est pas une donation ; parce qu'elle est un acte de l'état civil ; parce qu'elle a créé des rapports de paternité et de filiation, dont le caractère est de ne pouvoir plus être révoqué, à moins que,

par exception, la loi n'en autorise la révocation ; ce qu'elle n'a pas fait.

128. — Pareillement, l'adoption ne pourrait pas être révoquée par le consentement mutuel de l'adoptant et de l'adopté, même en suivant toutes les formalités qui ont été employées pour l'accomplir.

Le Code prussien a, toutefois, une disposition contraire (art. 714) ; et Toullier en a conclu que, même chez nous, « l'adoption doit être soumise à la règle ordinaire de tous les contrats, qui peuvent être dissous de la même manière qu'ils ont été passés (L. 35 ff. *de Regulis juris*), le Code n'ayant point excepté le contrat d'adoption. » (T. II, n° 1018.)

Mais il ne suffit pas qu'il ne l'en ait point excepté ; il serait indispensable qu'il en eût autorisé la révocation ; car pour appliquer à l'adoption *la règle ordinaire* de tous les contrats, il faudrait qu'elle fût un contrat ordinaire ! or il n'en est pas ainsi. Elle est un contrat de droit public, un acte de l'état civil, homologué par l'autorité judiciaire ; or aucun texte ne donne aux magistrats le pouvoir d'homologuer la révocation d'une adoption. Il résulte, d'ailleurs, des discussions préparatoires, que les auteurs du Code Napoléon ont entendu faire de l'adoption un contrat irrévocable ; et voilà même pourquoi ils n'ont pas permis d'adopter un mineur (Merlin, *Répertoire*, t. XII, v° *Révocation d'adoption* et *Questions de droit*, t. VII, v° *Adoption*, § 8, n° 3 ; Riffé, p. 88 ; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 1018, note *a* ; Zachariæ, t. IV, p. 16 ; Proudhon et Valette, t. II, p. 212).

129. — Les effets de l'adoption se résument en trois propositions principales, sur lesquelles nous avons à fournir quelques explications :

1° L'adopté ne sort pas de sa famille naturelle ;

2° Il n'entre pas dans la famille de l'adoptant ;

3° L'adoption ne crée de rapports juridiques qu'entre l'adoptant et l'adopté; nous dirons quels sont ces rapports.

130 — 1° L'article 348 déclare que « l'adopté restera dans sa famille naturelle et y conservera tous ses droits.... »

Tous ses devoirs aussi, bien entendu, continuent envers ses parents naturels.

En un mot, l'adoption ne change pas, n'altère pas les rapports de l'adopté envers sa famille naturelle.

C'est ainsi que l'obligation alimentaire demeure entre lui et ses ascendants (art. 205, 349).

De même, c'est le consentement ou le conseil de ses ascendants qu'il doit toujours demander pour contracter mariage (art. 148 et suiv.).

Enfin, les droits de successibilité réciproque entre l'adopté et ses parents ne reçoivent aucune modification (comp. Locré, *Législat. civ.*, t. VI, p. 587, 588; Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Adoption*, § 3; Toullier, t. I, n° 1017; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 649; Massé et Vergé, t. I, p. 350).

131. — Un oncle avait adopté l'une de ses nièces; il meurt ensuite, laissant un testament par lequel il lègue la quotité disponible *à ses neveux et nièces*.

La nièce adoptée, qui avait droit à la moitié réservée en qualité de fille adoptive, pouvait-elle prétendre à une part dans la quotité disponible en qualité de nièce du testateur?

On a décidé affirmativement, par ce motif que, d'après l'article 348, l'adopté reste dans sa famille naturelle, et y conserve tous ses droits (Nancy, 4 août 1829, Hommond, D., 1831, II, 94; Cass., 24 août 1831, mêmes parties, D., 1831, II, 327).

Mais d'abord, en droit, n'est-ce pas abuser du principe que de l'appliquer à l'adoptant et à l'adopté eux-

mêmes l'un envers l'autre? Est-ce que les titres d'adoptant et d'adopté n'absorbent pas sous ce rapport, les titres d'oncle et de nièce? Et se peut-il que juridiquement l'adopté soit considéré comme le neveu de l'adoptant?

En fait d'ailleurs, n'était-ce pas là une question de volonté, une question d'interprétation? et ne devait-il pas être bien vraisemblable que le testateur, en léguant *à ses neveux et nièces* la quotité disponible, n'avait pas compris, dans cette dénomination, *sa fille adoptive*, à laquelle il laissait la moitié de ses biens? (comp. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 351).

132. — 2° L'adopté n'entre pas dans la famille de l'adoptant; l'adoption ne produit pas, sous ce rapport, plus d'effet que la reconnaissance d'un enfant naturel, qui, nous le savons, ne place pas l'enfant dans la famille du père ou de la mère qui l'a reconnu (*voy.* notre *Traité de la Paternité et de la filiation*, n°s 544, 545).

Il n'était guère possible, en effet, de permettre à l'adoptant de créer ainsi aux membres de sa famille des rapports juridiques de parenté, par son seul fait, et par un contrat auquel ils n'ont point concouru.

133. — L'adopté n'acquiert donc aucun droit de successibilité sur les biens des parents de l'adoptant (art. 350).

Et il ne pourrait pas dès lors, en cas de prédécès de l'adoptant, le représenter dans la succession de ses père et mère; car il est civilement étranger à ceux-ci; il ne pourrait pas leur succéder de son propre chef; or, pour que la représentation soit possible, il faut, en général, que le représentant soit personnellement capable de succéder à celui de l'hérédité duquel il s'agit (Toulouse, 25 avril 1844, Defor, Dev., 1845, II, 69; *voy.* notre *Traité des Successions*, t. I, n° 393).

134. — L'obligation alimentaire ne saurait non plus exister entre l'adopté et les ascendants de l'adoptant, ou réciproquement (arg. des articles 349 et 350); pas plus qu'elle n'existe entre l'enfant naturel reconnu et les ascendants de ses père et mère (*voy.* notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 20; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 650; Massé et Vergé, t. I, p. 351, 352; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 197).

135. — L'article 348 établit toutefois des empêchements de mariage :

« Entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants;

« Entre les enfants adoptifs du même individu;

« Entre l'adopté et les enfants qui pourraient sur-
« venir à l'adoptant;

« Entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réci-
« proquement entre l'adoptant et le conjoint de l'a-
« dopté. »

Nous nous sommes déjà expliqué sur l'étendue de cet empêchement; et nous avons constaté que l'article 348 ne prohibe point le mariage :

1° Entre l'adopté et les ascendants de l'adoptant;

2° Entre l'adopté et les enfants *naturels* de l'adoptant (*voy.* notre t. III, n° 109).

136. — C'est une question fort controversée que celle de savoir si cet empêchement de mariage est seulement prohibitif ou, au contraire, dirimant.

Nous ne pouvons que persister dans les motifs qui nous ont porté à penser qu'il n'est que prohibitif (*voy.* notre t. III, n° 338).

137. — Faut-il conclure de l'article 348 que l'adoption produit l'*alliance* entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant? entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté?

En d'autres termes, le conjoint de l'adopté devient-il le gendre ou la bru de l'adoptant? et le conjoint de

l'adoptant devient-il le beau-père ou la belle-mère de l'adopté? Pareillement, l'enfant légitime ou adoptif de l'adoptant devient-il, par cette sorte d'alliance, le frère ou la sœur de l'adopté?

La question a été, dans ces derniers temps, fort agitée ; et j'ai déjà dit (t. III, n° 116) que la jurisprudence de la Cour de Cassation reconnaît une *alliance*, du moins entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté.

Il s'agissait de savoir si l'article 20 de la loi du 21 mars 1831, qui porte que : « Dans les communes de cinq cents âmes et au-dessus, les parents au degré de père, de fils, de frère, et *les alliés au même degré*, ne peuvent être en même temps membres du même conseil municipal, » si, dis-je, cet article était applicable à *l'adoptant et au mari de l'adoptée*.

La Cour de Cassation a décidé affirmativement :

« Attendu que le conjoint d'un enfant adoptif contracte alliance avec le père adoptant; attendu que les prohibitions de mariage, prononcées par l'article 348 comme résultant de l'adoption, dérivent d'empêchements que la loi reconnaît; qu'en effet l'adoption établit non pas seulement des liens de *parenté*, mais encore des liens d'*alliance*, sinon absolument semblables à ceux produits par les mariages, au moins pouvant avoir les mêmes effets entre les personnes mentionnées dans cet article; que quels qu'aient pu être les motifs du législateur pour établir ces prohibitions, c'est évidemment en considération d'une alliance de cette nature que le mariage a été interdit entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté.... » (Cass., 30 nov. 1842, préfet du Puy-de-Dôme C. Prieur, Dev., 1842, I, 916).

La doctrine consacrée par cet arrêt nous paraît contestable.

Il ne faut pas oublier que *l'adopté reste dans sa famille naturelle* (art. 348); et voilà précisément ce qui fait dire à Demante que *l'adoption ne produit évidemment ni parenté ni alliance* (*Programme*, t. I, n° 337). L'adoption, en effet, telle que le Code Napoléon l'a établie, semble bien ne devoir produire d'effets juridiques qu'entre l'adoptant et l'adopté. Quant aux empêchements de mariage décrétés par l'article 348, voici comment s'exprimait M. Berlier, dans la séance du Corps législatif du 21 ventôse an XI :

« L'affinité morale établie par l'adoption entre les personnes de cette qualité, et les rapports physiques que la cohabitation fait naître entre elles, prescrivaient de ne point offrir d'aliments à leurs passions par le mariage. » (Locré, *Législ. civ.*, t. VI, p. 610.)

Ce n'est donc point sur un lien de véritable *alliance* qu'est fondé cet article 348; c'est sur des motifs d'honnêteté publique, et sur une sorte d'*affinité morale* seulement.

Il me paraîtrait donc difficile d'admettre en principe, avec la Cour de Cassation, que l'adoption crée, entre les personnes dénommées dans l'article 348, une véritable alliance, une alliance telle qu'elle serait susceptible *des mêmes effets juridiques que l'alliance produite par le mariage.*

Et, par exemple, je demande si le conjoint de l'adopté pourrait être condamné à fournir des aliments à l'adoptant qui serait dans le besoin, et réciproquement? L'affirmative serait certaine, s'ils devaient être considérés comme *alliés* (art. 206, 207). Mais pourtant est-ce que l'article 349 ne crée pas l'obligation alimentaire seulement entre l'*adoptant* et l'*adopté?* (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 651.)

138. — Que les parents de l'adopté et les parents de l'adoptant demeurent étrangers les uns aux autres,

cela est très-évident, puisque aucun lien ne s'établit entre les parents de l'adopté et l'adoptant lui-même.

139. — Cette dernière proposition, toutefois, n'est-elle pas trop absolue, et ne faut-il pas excepter les enfants et les descendants légitimes de l'adopté?

En d'autres termes, les enfants de l'adopté deviennent-ils civilement les *petits-enfants* de l'adoptant?

Pourraient-ils, par exemple, recueillir sa succession, soit par voie de représentation en cas de prédécès, soit de leur propre chef en cas de renonciation ou d'indignité de l'adopté?

Pareillement, l'obligation alimentaire existe-t-elle entre l'adoptant et les enfants de l'adopté?

La question est très-controversée.

Pour soutenir l'affirmative, on peut invoquer, 1° le caractère de l'adoption, son caractère en quelque sorte essentiel; 2° les différents articles de notre titre qui en déterminent les effets; 3° des considérations d'équité, d'humanité.

1° Et d'abord, l'adoption a pour but de créer une paternité fictive à l'image de la paternité réelle; or, ce but ne serait pas atteint, si les enfants de l'adopté demeuraient étrangers à l'adoptant. C'est dénaturer l'adoption que de n'y voir, comme on l'a prétendu, qu'une transmission du nom et des biens de l'adoptant à l'adopté. En admettant même qu'il en soit ainsi, l'adoption aurait tout au moins le caractère d'une institution contractuelle; or, cette espèce de donation elle-même embrasse les enfants et descendants du donataire (art. 1082, 1089). Mais la vérité est que ce point de vue est ici tout à fait inexact. L'adoption n'est pas seulement beaucoup plus qu'une donation; elle est tout autre chose! elle est un acte de l'état civil qui crée des rapports de paternité et de filiation; un acte par lequel l'adopté devient civilement le fils de l'adop-

tant, et par lequel dès lors les enfants de l'adopté doivent aussi devenir ses petits-enfants. Et tel est bien en effet le vœu commun des parties, et le but essentiel de leur contrat. N'est-il pas évident que la personne qui adopte un enfant, entend bien d'avance s'attacher, par le même titre, les descendants de l'adopté, et se créer ainsi une descendance fictive, une ligne directe, une famille enfin par son enfant d'adoption? (art. 745.) Se peut-il d'ailleurs que l'adopté soit, aux yeux de la loi, le fils de l'adoptant, et que le fils de l'adopté ne soit pas néanmoins son petit-fils? Le fils de l'adopté n'est-il pas nécessairement le petit-fils de celui qui, juridiquement, est le père de son père? *Fictio idem operatur in casu ficto quam veritas in casu vero.* Le caractère essentiel de l'institution est donc tout à fait conforme à l'intention des parties. Aussi les lois romaines, à cet égard, étaient très-formelles : *Ex adoptivo natus adoptivi locum obtinet in jure civili....* (L. 27 ff. *de Adoptionibus;* ajout. L. 40, *eodem tit.*)

2° Le Code Napoléon, à la vérité, ne consacre pas en termes exprès le lien de parenté entre l'adoptant et les enfants de l'adopté; mais toutes ses dispositions supposent virtuellement l'existence juridique de ce lien. C'est ainsi que l'article 347 déclare que l'adoption confère le nom de l'adoptant à l'adopté, et dès lors aussi à ses descendants. Souvent, en effet, l'adoption aura lieu pour conserver le nom de l'adoptant, pour l'empêcher de s'éteindre; et il faut bien dès lors qu'elle comprenne les descendants de l'adopté. C'est ainsi que l'article 349 prohibe le mariage entre l'adoptant, l'adopté *et ses descendants.* Enfin, aux termes de l'article 351, les descendants légitimes de l'adopté prédécédé font obstacle à ce que l'adoptant recueille dans sa succession les choses par lui données; et, aux termes de l'article 352, l'adoptant lui-

même vient, comme héritier des enfants de l'adopté, les recueillir dans leur succession. L'enfant adoptif enfin est *héritier* légitime de l'adoptant; or, s'il est *héritier* à titre d'enfant, la conséquence en est que ses propres enfants sont aussi les *héritiers* de l'adoptant; car partout, *enfants et descendants* légitimes sont appelés dans la ligne directe au même titre que leur auteur.

3° Enfin, cette doctrine n'est-elle pas commandée aussi par l'équité, par l'humanité ! Eh! quoi! voilà un enfant adoptif, qui est sans fortune (ce sera le plus ordinaire sans doute!) et qui n'a d'autres espérances que celles de la succession de l'adoptant; il se marie, confiant dans l'avenir; il a des enfants; mais il meurt avant l'adoptant; et on voudrait que ses enfants n'eussent rien à recueillir dans la succession de l'adoptant! Un tel résultat ne serait-il pas d'une dureté extrême! (Comp. art. 740-745, Cass., 2 déc. 1822, Baduel, Sirey, 1823, I, 74; Paris, 27 janv. 1824, Manno, Sirey, 1824, II, 131.)

On pourrait aussi, à l'appui de cette thèse, invoquer la jurisprudence de la Cour de Cassation, qui décide que l'adoption produit l'alliance entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté (*supra*, n° 137).

140. — Parmi les auteurs qui soutiennent cette théorie, la plupart ne paraissent faire aucune distinction entre les enfants de l'adopté déjà nés avant l'adoption et ses enfants nés postérieurement (Proudhon, t. II, p. 221 ; Cotelle, *Cours de droit civil approfondi*, t. I, p. 89-92 ; Toullier, t. II, n° 1015; Odilon Barrot, *Encyclop.*, n° 74; Taulier, t. I, p. 450; Marcadé, t. II, art. 350, n° 4; ajout. Championnière et Rigaud, *Droits d'enregist.*, t. IV, n° 3375; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 354).

M. Dalloz est même plus explicite ; il déclare for-

mellement repousser toute distinction de ce genre (*Rec. alph.*, v° *Adoption*, n° 187).

Merlin, au contraire, distingue entre les enfants de l'adopté qui étaient nés avant l'adoption et ceux qui ne sont nés que depuis. Le principal moyen de l'illustre auteur est fondé sur l'article 347 et sur cette différence que les enfants déjà nés avant l'adoption, ne peuvent pas recevoir le nom de l'adoptant par l'effet de l'adoption, tandis que le nom de l'adopté avec l'addition du nom de l'adoptant, devient nécessairement le nom des enfants nés postérieurement à l'adoption (*Quest. de droit*, t. VII, § 7).

Et telle est aussi la doctrine de Demante (t. II, n°s 82 *bis* et 85 *bis*, III).

141. — Cette solution excite en moi des doutes très-sérieux, et les voici :

On invoque le caractère de l'adoption, son caractère fondamental, dit-on, et essentiel!

Mais prenons garde que l'adoption n'est qu'une institution du droit positif, une création arbitraire du législateur humain; or, il est difficile de prétendre qu'une telle institution ait nécessairement sous le rapport des effets qu'elle doit produire, tel ou tel caractère; la vérité est qu'elle n'est, en ce qui concerne ses effets, que ce que les textes positifs de la loi l'auront faite. Voyez les discussions préparatoires et les six ou sept projets de loi successivement discutés et remplacés l'un par l'autre! C'est d'abord un changement absolu de famille, une complète imitation de la nature; l'adopté entre dans la famille de l'adoptant, dans tous les degrés directs et collatéraux de cette famille. Et puis, un peu plus tard, voici que le Premier Consul déclare « que l'adoption d'un majeur n'est qu'un contrat d'intérêt et une manière de déférer une succession.... » (Séance du 6 frimaire an XI.) Et le projet ar-

rêté par le Conseil d'État ne fait résulter de l'adoption aucun empêchement de mariage, et il n'admet pas même entre l'adoptant et l'adopté l'obligation de se fournir des aliments !

Au milieu de ces revirements et de ces oscillations, à quel parti les rédacteurs du Code Napoléon se sont-ils finalement arrêtés? Voilà toute la question; mais le spectacle de ces oscillations même prouve assez qu'il n'y a, en un tel sujet, aucun effet véritablement essentiel. L'adoption n'est que ce qu'on l'a voulu faire; elle ne produit d'effets, elle n'établit de rapports juridiques que ceux qui résultent des textes mêmes de la loi.

Or, précisément, sur ce terrain, il faut bien le reconnaître, les textes du Code Napoléon sont loin de favoriser la théorie que j'essaye en ce moment de combattre.

De texte, qui ait pour objet d'établir un lien juridique entre l'adoptant et les enfants de l'adopté, on convient qu'il n'en existe pas !

Ce n'est que par voie d'induction que l'on s'efforce de trouver, dans certains articles, la supposition virtuelle de ce lien. Or, nous allons voir que non-seulement ces articles ne supposent pas l'existence juridique de ces rapports, mais que plusieurs même sont conçus de telle sorte qu'ils semblent, au contraire, les exclure !

Prenez d'abord, par exemple, les articles 349 et 350 qui déterminent deux effets de l'adoption, les deux effets principaux, à l'égard desquels précisément notre question peut s'élever. Que disent-ils?

Article 349 : « L'obligation naturelle qui continuera « d'exister entre l'adopté et ses père et mère, de se « fournir des aliments dans les cas déterminés par la « loi, sera commune *à l'adoptant et à l'adopté l'un en-* « *vers l'autre.* »

A l'adoptant et à l'adopté.... On ne dit pas : *a ses descendants;* et vraiment je demande s'il serait possi-

ble, en présence d'une loi ainsi faite, de condamner les enfants de l'adopté à fournir des aliments à l'adoptant! Quelle différence, sous ce rapport, entre les articles 205 et 207, et notre article 349! — Les enfants, dit l'article 205, doivent des aliments à leur père et mère *et autres descendants* dans le besoin. — Les obligations résultant de ces dispositions, sont réciproques, dit l'article 207. — Rien de pareil dans l'article 349; et certes pourtant, s'il était nécessaire de s'expliquer, c'était bien plutôt sans doute pour imposer l'obligation alimentaire aux enfants de l'adopté envers l'adoptant, qui leur est étranger, que pour l'imposer aux petits-enfants envers leurs aïeuls et aïeules, qui leur sont attachés par les liens du sang.

Et l'article 350, que nous dit-il?

« *L'adopté* n'acquerra aucun droit de successibilité « sur les biens des parents de l'adoptant; mais *il aura* « sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que « ceux qu'y aurait l'enfant né en mariage.... »

L'adopté.... toujours l'adopté lui-même, lui seul; de ses enfants et descendants, pas un mot. Quelle différence aussi, sous ce rapport, entre les articles 745 et 759 et notre article 350! Les enfants ou *leurs descendants*, dit l'article 745, succèdent à leurs père et mère, aïeuls ou aïeules. En cas de prédécès de l'enfant naturel, dit l'article 759, ses enfants ou descendants peuvent réclamer les droits fixés par les articles précédents. Rien de pareil non plus dans l'article 350; et pourtant s'il était nécessaire encore de s'expliquer, c'était bien plutôt sans doute pour appeler les enfants de l'adopté à la succession de l'adoptant que pour appeler les enfants ou descendants légitimes à la succession de leur aïeul, ou même les enfants de l'enfant naturel à la succession de l'auteur de leur père! car les enfants de l'adopté sont naturellement étrangers à l'adoptant;

ils ne pourraient venir à sa succession qu'en vertu d'une disposition spéciale, qui était d'autant plus nécessaire qu'elle serait plus exceptionnelle; or, cette vocation, elle n'est écrite nulle part!

Mais, dit-on, l'article 347, en conférant le nom de l'adoptant à l'adopté, le confère par cela même à ses enfants; donc, ceux-ci deviennent les petits-enfants de l'adoptant.

La conséquence n'est certes pas rigoureuse!

D'abord il nous paraît certain que les enfants de l'adopté, déjà nés avant l'adoption, ne doivent pas ajouter à leur nom celui de l'adoptant, surtout s'ils sont majeurs. Le nom qu'ils ont reçu en naissant, leur appartient à eux-mêmes; et il n'est pas au pouvoir de leur père de le changer. Il est vrai que lorsqu'un père obtient du gouvernement, en vertu de la loi du 11 germinal an XI, la permission de changer ou de modifier son nom, ses enfants, même déjà nés, y sont compris et prennent aussi le nom nouveau ou modifié de leur père. Mais Merlin a très-bien remarqué qu'ils auraient le droit de s'y refuser, en protestant dans l'année de la publication de l'ordonnance, et que dès lors, s'ils ne le font pas, le changement ou la modification de leur propre nom devient le résultat de leur adhésion personnelle. Or, les enfants de l'adopté n'auraient aucun moyen d'empêcher, en ce qui les concerne, l'effet de l'article 347. Si cet article leur était applicable, c'est de plein droit et nécessairement que le nom de l'adoptant serait ajouté au leur; donc, il est impossible de le leur appliquer.

Et quant aux enfants de l'adopté, nés depuis l'adoption, ce n'est pas, à vrai dire, le nom de l'adoptant qu'ils ajoutent à leur propre nom; ils reçoivent en naissant le nom de leur père, tel qu'il se trouve alors; mais ce n'est que de lui seul qu'ils le reçoivent. On

peut d'ailleurs très-bien porter le même nom qu'une autre personne, sans être le parent de cette personne. Est-ce que, par exemple, l'enfant naturel reconnu devient le parent du père de son père? est-ce que l'adopté lui-même devient le parent du père de l'adoptant? et pourtant c'est son nom aussi qu'il ajoute au sien.

L'article 347 ne prouve donc pas du tout que les enfants de l'adopté soient les petits-enfants de l'adoptant.

Il en est de même de l'article 348. Cet article défend le mariage, non-seulement entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants, mais encore entre les enfants adoptifs du même individu, entre l'adopté et les enfants qui pourraient survenir à l'adoptant; or, nul ne prétend que l'article 348 suppose pour cela un lien quelconque de parenté civile entre les enfants adoptifs du même individu, pas plus qu'entre l'adopté et les enfants qui pourraient survenir à l'adoptant; donc, il n'y a aucun motif de dire que l'article 348 suppose davantage un lien quelconque de parenté entre l'adoptant et les enfants de l'adopté.

Il en est de même encore des articles 351 et 352. Les enfants de l'adopté empêchent le droit de retour au profit de l'adoptant; mais autre chose est pour eux de recueillir dans la succession de leur auteur les biens qui lui étaient acquis; ce qui n'établit aucune relation, aucun contact juridique entre eux et l'adoptant; autre chose, de venir recueillir la succession de l'adoptant.

Pareillement, de ce que l'adoptant recueille, dans la succession des enfants de l'adopté, les choses par lui données à l'adoptant, il n'en résulte nullement qu'il soit leur parent et que les enfants de l'adopté puissent lui succéder; car autre chose est le retour légal, en vertu duquel l'adoptant recueille les choses par lui données; autre chose, le droit de successibilité ordinaire et normale; en effet, les enfants *légitimes* de

l'adoptant recueillent aussi, dans la succession de l'adopté, les choses qui proviennent à celui-ci de l'adoptant; or, nul ne prétend, sans doute, que les enfants *légitimes* de l'adoptant soient les parents de *l'adopté!*

On a invoqué enfin les lois romaines; mais j'ai déjà remarqué combien les principes, sur lesquels repose notre adoption, en droit français, sont différents de ceux qui régissaient à Rome l'adoption et l'adrogation. Et quand on ajoute aussi cet adage banal : *Fictio tantum operatur in casu ficto, quantum veritas in casu vero,* il nous suffit de remarquer encore une fois de plus combien cette fiction de paternité est incomplète!

Quoi! le Code Napoléon n'appelle pas même l'adoptant et l'adopté des noms de *père* et d'*enfant!* entre eux, il ne crée pas même les rapports juridiques de la paternité et de la filiation! Point de puissance paternelle! Pour se marier, l'adopté n'a point à demander le consentement de l'adoptant! pas même d'actes respectueux à lui faire! Est-il donc, en vérité, si surprenant, après cela, que l'adoptant ne soit pas civilement l'aïeul des enfants de l'adopté?

Le Code prussien est très-explicite à ce sujet : « Les « descendants de l'adopté entrent également dans la fa« mille de l'adoptant. » (Art. 707.) Les rédacteurs du Code Napoléon, qui avaient sous les yeux cette disposition, n'auraient-ils pas dû s'en expliquer de même, s'ils avaient voulu l'introduire dans nos lois?

En résumé, je conclus :

1° Que les rédacteurs du Code Napoléon n'ont fait de l'adoption qu'un contrat de bienfaisance personnel entre l'adoptant et l'adopté, acte de l'état civil, il est vrai, mais ne produisant que des rapports très-incomplets de parenté entre l'adoptant et l'adopté seulement;

2° Qu'à supposer qu'ils aient eu l'intention d'étendre l'effet de l'adoption aux enfants de l'adopté, et

d'attacher ceux-ci à l'adoptant par un lien juridique, cette intention plus ou moins vague et conjecturale n'a pas été formulée, comme il l'aurait fallu, par des textes, en l'absence desquels il est impossible d'intervertir l'ordre légal des successions.

Cette conclusion, que je maintiens surtout à l'égard des enfants de l'adopté, déjà nés avant l'adoption, me paraît d'ailleurs, par tous les motifs qui précèdent, également applicable à ses enfants nés depuis l'adoption (comp. notre *Traité des Successions*, t. I, n° 393; Delvincourt, t. I, p. 96, note 6; Grenier, *de l'Adoption*, n° 37; Favart, *Rép.*, v° *Adoption*, sect. II, § 3, n° 9; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 650, 651; Vernet, *de la Quotité disponible*, p. 355-359).

Nous pouvons invoquer de plus aujourd'hui, en faveur de notre doctrine, l'imposante autorité de M. Valette, qui après l'avoir d'abord combattue (dans ses notes sur Proudhon, t. I, p. 221), vient de l'adopter (dans son *Explicat. somm. du liv. I du C. Napol.*, p. 196-198.)

142. — 3° Nous n'avons donc qu'à examiner les effets de l'adoption entre l'adoptant et l'adopté.

Deux points sont ici à résoudre :

A. — Du vivant de l'adoptant et de l'adopté, quels sont juridiquement leurs rapports réciproques ?

B. — Après la mort de l'un d'eux, quels sont les droits du survivant dans la succession du prédécédé ?

143. — A. Le Code Napoléon ne détermine textuellement que trois effets entre-vifs de l'adoption entre l'adoptant et l'adopté :

1° Transmission de nom ;

2° Empêchement de mariage ;

3° Obligation alimentaire.

144. — « 1° L'adoption conférera le nom de l'a-« doptant à l'adopté, en l'ajoutant au nom propre de « ce dernier. » (Art. 347.)

C'est le signe visible du lien juridique de paternité et de filiation que l'adoption vient de créer. Et de la part de l'adoptant, la conservation de son nom est souvent un mobile déterminant de l'adoption.

144 *bis.* — C'est par ce motif aussi que nous pensons que l'adoption transmet, de plein droit, à l'adopté les titres de noblesse et les armoiries, etc., de l'adoptant. L'adopté, sous ce rapport, doit donc avoir les droits de l'enfant né en mariage.

145. — Si l'adoption est faite par une femme, mariée ou veuve, ce n'est pas le nom de son mari, c'est son nom de famille, à elle, que l'adopté ajoute à son nom propre. La femme mariée, en effet, n'a pas le pouvoir de transmettre à d'autres le nom de son mari.

C'est la disposition expresse du Code prussien (art. 688; comp. Delvincourt, t. I, p. 157; Zachariæ, Aubry et Rau, t, IV, p. 652; Massé et Vergé, t. I, p. 152).

146. — 2° Nous nous sommes déjà expliqué sur l'empêchement de mariage, que l'article 348 établit entre l'adoptant et l'adopté (*supra*, n° 135).

147. — 3° Enfin l'article 349 dispose que « l'obligation naturelle, qui continuera d'exister entre l'adopté et ses père et mère, de se fournir des aliments dans les cas déterminés par la loi, sera considérée comme commune à l'adoptant et à l'adopté l'un envers l'autre. »

On a cru devoir remarquer que l'obligation alimentaire continue d'exister réciproquement à l'égard de l'adopté, non-seulement *avec ses père et mère*, mais encore avec ses autres ascendants (Delvincourt, t. I, p. 96, note 10).

Cela est très-évident, puisque l'adopté reste dans sa famille naturelle (art. 348; *supra*, n° 130). Si l'article 349 ne rappelle que les père et mère naturels de l'adopté, c'est que déclarant cette obligation alimentaire commune à l'*adoptant* et à l'*adopté* l'un envers l'autre,

il ne pouvait pas pousser plus loin l'assimilation; car nous savons que l'adopté ne doit pas d'aliments aux ascendants de l'adoptant (*supra* n°s 132-134).

148. — Des principes que nous avons précédemment exposés en ce qui concerne l'obligation alimentaire, nous pouvons ici facilement conclure :

1° Que l'adopté doit des aliments à l'adoptant, comme s'il était un enfant *né en mariage* (*voy.* les articles 349 et 350); qu'il les lui doit dès lors conjointement avec les enfants légitimes qui auraient pu survenir à l'adoptant, et avant les ascendants de celui-ci (*voy.* notre t. IV, n° 35);

2° Que l'adoptant doit des aliments à l'adopté comme s'il était son père ou sa mère légitime; qu'il ne les lui doit dès lors qu'après les descendants légitimes ou adoptifs de ce dernier, et conjointement avec ses ascendants.

149. — Est-ce à dire que l'adoption ne produit entre-vifs que les trois effets juridiques que nous venons d'exposer (*supra*, n° 129)?

Le Tribunat avait proposé d'ajouter, à la suite de l'article 349, une disposition ainsi conçue :

« L'adoptant exercera sur l'adopté l'autorité des père et mère, telle qu'elle est réglée par les lois à l'égard des majeurs de vingt et un ans. » (Locré, *Législ. civ.*, t. VI, p. 588.)

Mais cette addition n'a pas été faite. L'article 348 déclare, au contraire, que l'adopté restera dans sa famille naturelle; et voilà pourquoi nous avons déjà exprimé l'opinion que l'adopté n'est pas tenu de demander, pour son mariage, soit le consentement, soit le conseil de l'adoptant (t. III, n° 61).

150. — En devrait-il être autrement dans le cas où l'adopté n'aurait pas d'ascendants naturels, soit qu'il ne les eût jamais connus, soit qu'ils fussent dé-

cédés, ou même qu'ils se trouvassent dans l'impossibilité de manifester leur volonté ?

L'affirmative semblerait alors désirable et très-conforme au caractère de l'adoption; on n'aurait à craindre, dans ce cas, aucun conflit entre les ascendants naturels et l'adoptant; et rien ne s'opposerait, de la part de l'adopté, à l'accomplissement de ce devoir de gratitude et de déférence.

Mais le silence de la loi est le même pour cette hypothèse; et il nous paraît certain que juridiquement, l'adopté n'est jamais tenu de demander le consentement ou le conseil de l'adoptant pour son mariage.

151. — L'adoption, comme on le voit, ne crée donc, même entre l'adoptant et l'adopté personnellement, que des rapports très-imparfaits de paternité et de filiation.

Il est même impossible de ne pas remarquer que le Code Napoléon ne les appelle pas des noms réciproques de *père* et d'*enfant;* il dit toujours : *l'adoptant et l'adopté* sans ajouter *le père adoptant* ou *le fils adoptif.*

Et cette formule est d'autant plus remarquable que les projets antérieurs s'exprimaient autrement; un article portait même que « *l'adoption transporte au père et à la mère qui adopte, la qualité de père et de mère légitime.* » (Locré, *Législ. civ.*, t. VI, p. 437.)

Ces dénominations ont disparu; et il n'en est resté qu'une seule trace dans l'article 348, qui déclare que le mariage est prohibé *entre les enfants adoptifs du même individu.*

152.—Toutefois, si incomplète que soit cette imitation, il est incontestable pourtant que l'adoption produit entre l'adoptant et l'adopté certains rapports, tels quels, imparfaits sans doute, mais enfin certains rapports de quasi-paternité et de quasi-filiation.

C'est ainsi que l'article 299 qualifie de parricide le

meurtre des pères ou mères légitimes, naturels ou *adoptifs* (ajout. aussi l'article 312 Cod. pén.).

Nous devons en conclure que les dispositions de nos différents codes, qui créent entre les père et mère et leur enfant, des prohibitions, des présomptions, des incapacités, fondées sur tout cet ordre de sentiments et de devoirs qui accompagnent la paternité, sur le respect, sur l'affection, sur l'influence réciproque, sur la communauté de pensées et d'intérêts, que toutes ces dispositions, dis-je, sont en général applicables entre l'adoptant et l'adopté (comp. art. 251, 371, 911, 975 et 1100 Cod. Nap.; 268 et 283 procéd.; 322 inst. crim.; 248 et 380 Cod. pén.; Duranton, t. VIII, n° 274; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 652).

C'est à tort, selon moi, que l'on a soutenu, dans les procès que j'ai rappelés plus haut, que l'adoptant et l'adopté pouvaient être membres du même conseil municipal, sous l'empire de l'article 20 de la loi du 21 mars 1831 (*supra* n° 137).

153. — B. Après la mort de l'adoptant et de l'adopté, quels sont les droits du survivant dans la succession du prédécédé?

Supposons d'abord l'hypothèse la plus ordinaire, le prédécès de l'adoptant.

L'article 350 s'exprime à cet égard, en termes très-clairs et très-nets :

« ... Il (l'adopté) aura sur la succession de l'adoptant les mêmes droits qu'y aurait l'enfant né en mariage, même quand il y aurait d'autres enfants de cette dernière qualité nés depuis l'adoption. »

Ainsi, assimilation complète, quant aux droits héréditaires, entre l'adopté et l'enfant légitime.

Telle est la règle.

154. — Non-seulement donc l'adopté exclut tous les parents collatéraux de l'adoptant.

Il exclut même ses père et mère ou autres ascendants, qui ne peuvent alors réclamer aucune réserve (art. 745, 746, 750). La réserve est une partie de la succession, à laquelle les ascendants ne peuvent avoir droit qu'en qualité d'héritiers (art. 915); or, ils ne sont pas héritiers en présence de l'adopté, puisqu'il a les mêmes droits que l'enfant né en mariage.

Toullier toutefois invoquant le Code prussien, d'après lequel les ascendants de l'adoptant conservent leur droit héréditaire à moins qu'ils n'aient consenti eux-mêmes à l'adoption (*supra*, n° 29), ajoute que cette disposition *est dans l'esprit du Code Napoléon* (t. II, n° 1011, note 2).

Mais l'article 350 dément au contraire en termes formels une telle supposition (Delvincourt, t. I, p. 96, note 6; Duranton, t. III, n° 312; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 652; Massé et Vergé, t. I, p. 652; Odilon Barrot, *Encyclop. du droit*, v° *Adoption*, n° 67; Marcadé, art. 350, n° 2; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 194).

155. — Enfin l'adopté vient en concours, à droit égal, avec les enfants que l'adoptant aurait eus en mariage, postérieurement à l'adoption; et l'article 350 s'en explique afin de prouver que l'adopté n'en continue pas moins, vis-à-vis de ces enfants même, à être traité aussi comme un enfant né en mariage.

156. — A plus forte raison, aura-t-il les mêmes droits contre d'autres enfants adoptifs; de même que l'enfant naturel ne pourra obtenir contre lui que la portion déterminée par l'article 757.

157. — L'enfant né en mariage a droit à une réserve dans la succession de ses père et mère (art. 913);

Or, l'adopté a, dans la succession de l'adoptant, les mêmes droits qu'y aurait l'enfant né en mariage (art. 350);

Donc, l'adopté a droit à une réserve dans la succession de l'adoptant.

Le syllogisme est sans réplique; aussi le principe de la réserve est-il unanimement reconnu (Cass., 26 avril 1808, Faure, Sirey, 1808, I, 333; Trèves, 22 janvier 1813, Théobald, Sirey, 1814, II, 3; Merlin, *Quest. de droit*, t. VII, v° *Adoption*, § 5, n° 1).

158. — Mais les opinions au contraire sont très-divisées sur les conséquences de ce principe, lorsqu'il s'agit de déterminer comment cette réserve devra être calculée et sur quels biens elle pourra s'exercer.

Une première opinion raisonne ainsi :

L'article 350 n'accorde à l'adopté de droits que *sur la succession* de l'adoptant;

Or, les biens donnés entre-vifs par l'adoptant soit avant, soit même depuis l'adoption, sont irrévocablement sortis de son patrimoine, ils ne sont plus *dans sa succession;*

Donc, l'adopté n'y peut rien prétendre.

En conséquence sa réserve ne s'exercera que sur les biens qui au décès de l'adoptant se trouveraient encore dans sa succession, c'est-à-dire sur les biens légués par testament.

On ajoute que l'adoption étant irrévocable, on a voulu sans doute laisser à l'adoptant la faculté de faire des donations entre-vifs, afin de punir la mauvaise conduite et l'ingratitude de l'adopté (Delvincourt, t. I, p. 96, note 5).

159. — Une seconde opinion distingue entre les donations antérieures et les donations postérieures à l'adoption; elle affranchit les premières de l'action en réduction de la part de l'adopté; mais elle y soumet les secondes.

Voici ses moyens :

Nul ne peut, par son fait personnel, révoquer ou

diminuer les droits qu'il a concédés à des tiers. Cette règle explique en même temps pourquoi l'adoption n'atteint pas les donations qui lui sont antérieures, et pourquoi elle n'est pas elle-même atteinte par les donations qui lui sont postérieures.

Que l'adoptant ne puisse détruire ou altérer les droits de l'adopté par des donations postérieures à l'adoption, cela est très-logique et très-équitable; car l'adoption est irrévocable et les droits de l'adopté doivent être désormais aussi bien garantis que ceux de l'enfant né en mariage (art. 350).

Mais réciproquement la donation entre-vifs, antérieure à l'adoption, est aussi irrévocable (art. 894); elle ne peut être ensuite détruite ou altérée par aucun fait postérieur du donateur; elle ne pourrait pas l'être par une donation nouvelle; or, l'adoption est, au fond, un acte de bienfaisance, un acte de libéralité.

On convient généralement que l'adoption ne révoque pas de plein droit, comme ferait la survenance d'un enfant légitime, les donations antérieures (*voy.* art. 960); or, la réduction aurait éventuellement, en tout ou en partie, le même effet final que la révocation; donc elle ne peut davantage les atteindre. Le principe doit être le même pour les deux cas.

Ajoutez que la fraude serait fort à craindre si le donateur avait ce moyen de porter atteinte aux libéralités qu'il a faites; il n'est peut-être que trop facile d'arriver *de plano* à une adoption rémunératoire à l'aide d'actes chimériques de dévouement.

L'adopté, d'ailleurs, n'a pas pu compter sur des biens qui, dès avant le contrat d'adoption, étaient irrévocablement sortis du patrimoine de l'adoptant; on ne lui enlève, sous ce rapport, non-seulement aucun droit, mais même aucune espérance; et ce serait une action odieuse, que celle par laquelle il se ferait une

arme du bienfait, dont il a été l'objet, pour troubler ceux qui, avant lui, auraient aussi reçu des libéralités de l'adoptant (comp. sur une question analogue relative à l'enfant naturel reconnu, Rouen, 27 janvier 1844, Duval, Dev., 1844, II, 534; Toullier, t. II, n° 1011; Grenier, *de l'Adoption*, n° 40; Chabot, *Quest. transitoires*, v° *Adoption*, § 5; Riffé, *de l'Adoption*, p. 82; Favard, *Rép.*, v° *Adoption*, sect. 2, § 3, n° 5; Taulier, t. I, p. 452-454; Marcadé, art. 960, n° 8).

160. — Les opinions, qui précèdent, me paraissent contraires aux principes; et je pense que la réserve de l'adopté, de tout point semblable à la réserve de l'enfant légitime, peut s'exercer sur toutes les donations entre-vifs ou institutions contractuelles faites par l'adoptant, soit depuis, soit avant le contrat d'adoption.

Le Code Napoléon a organisé la réserve qu'il accorde à certains héritiers; il a déterminé les règles qui concernent la formation de la masse des biens, la computation de la réserve et de la quotité disponible, et enfin la réduction des libéralités excessives (art. 922 et suiv.). Il n'y a pas, à cet égard, deux lois; il n'y en a qu'une seule! Il n'y a pas deux réserves, deux sortes de réserves; il n'y a pas deux manières de former la masse des biens et d'agir en réduction. Encore un coup, il n'y en a qu'une seule!

Dès lors, de deux choses l'une :

Ou l'adopté n'a pas de réserve;

Ou la réserve, qui lui appartient, est de tous points semblable à celle de l'enfant né en mariage;

Or, on reconnaît, et il le faut bien! que l'enfant adopté a droit à une réserve;

Donc, il est impossible d'admettre ensuite tous ces amendements, toutes ces distinctions arbitraires que l'on propose, et qui ne sont que le désaveu plus ou moins complet du principe même que l'on a d'abord accepté.

Il n'aura de réserve, s'écrient les uns, que sur les biens qui se trouveront *dans la succession;* donc seulement sur les biens légués et point sur les biens donnés entre-vifs!

Mais, en vérité, dites donc plutôt tout de suite qu'il n'aura pas de réserve! Est-ce qu'il y aurait une *réserve* pour celui dont la part héréditaire pourrait être entamée ou même épuisée par des donations entre-vifs! Est-ce que l'action en réduction n'est pas, au contraire, la sanction indispensable de la réserve, la sanction sans laquelle la réserve n'est qu'un vain mot!

On objecte que l'article 350 n'accorde à l'adopté de droit que *sur la succession* de l'adoptant.

Mais précisément c'est sur la succession que toute réserve s'exerce; c'est dans la succession que rentrent fictivement tous les biens donnés, pour y satisfaire (art. 920). C'est dans la succession seulement et à titre d'héritier que tout réservataire peut réclamer son droit.

Et quant à ce motif, que l'on a voulu laisser à l'adoptant le moyen de punir l'adopté de son ingratitude, il n'est pas certes admissible! Ce moyen est le même pour l'adoptant que pour l'ascendant *naturel;* c'est de priver l'adopté de la quotité disponible, mais non pas d'anéantir tous ses droits.

161. — Mais du moins, disent d'autres auteurs, que la réserve de l'adopté ne s'exerce que sur les donations postérieures à l'adoption!

Eh! pourquoi donc?

Avez-vous une autre disposition que l'article 922, pour faire rentrer dans la succession les donations postérieures? non, sans doute; c'est donc l'article 922 que vous invoquez contre elles; or, ce même article y fait rentrer inévitablement aussi les donations antérieures à l'adoption.

On objecte que l'article 960 n'est pas applicable, et que l'adoption n'opère pas, comme la survenance d'un enfant légitime, la révocation des donations antérieures.

Il est vrai; mais autre chose est la *révocation*, qui opère de plein droit, actuellement, et au profit direct du donateur lui-même bien plus que de son enfant; autre chose, la *réduction*, qui n'opérera qu'éventuellement, lors du décès du donateur et au profit direct de l'enfant réservataire (*voy.* notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n° 382, p. 566). La donation entre-vifs faite par un homme ayant déjà des enfants, n'est pas révoquée par la survenance d'un nouvel enfant au donateur (art. 960). Mais ce nouvel enfant, pour obtenir sa réserve, n'en aura pas moins le droit de faire réduire cette donation, bien qu'antérieure à sa naissance (art. 922). Pareillement, la donation antérieure n'est pas révoquée par l'adoption; mais l'adopté n'en aura pas moins le droit de faire réduire cette donation pour obtenir sa réserve.

C'est qu'en effet, toute donation entre-vifs est faite sous la condition qu'elle sera réduite dans les limites de la quotité disponible, s'il se trouve, lors du décès du donateur, un héritier réservataire, quel qu'il soit et à quelque époque qu'il soit né. Ce n'est point là une atteinte à l'irrévocabilité de la donation entre-vifs; car la condition est insérée par la loi elle-même dans le titre du donataire, au moment où il se forme; et cette condition n'a rien de *potestatif*, juridiquement parlant, de la part du donataire.

Mais c'est là encore ce que l'on conteste : l'adoption n'est elle-même qu'un contrat de bienfaisance! Elle peut être, d'ailleurs, un moyen frauduleux de porter atteinte aux donations antérieures, surtout lorsqu'il s'agit de l'adoption rémunératoire.

Je réponds que l'adoption est un acte de l'état civil, et que la loi, en ce qui concerne la succession de l'adoptant, traite l'adopté, non pas comme un *donataire* postérieur, mais comme un enfant né en mariage. Les épreuves et les formalités auxquelles l'adoption ordinaire est soumise, en éloignent suffisamment le danger d'un concert frauduleux; et si ce danger est possible, en effet, dans l'adoption rémunératoire, il faut reconnaître aussi qu'il n'est pas très-facile; et la sagesse des magistrats y veillera.

162. — Ma proposition est, je crois, suffisamment justifiée; les motifs, qui précèdent, prouvent qu'elle s'applique à toute donation entre-vifs, et même à l'institution contractuelle que l'époux adoptant aurait faite à son conjoint par le contrat de mariage antérieur à l'adoption. Un enfant légitime aurait contre cette institution contractuelle l'action en réduction; donc l'adopté doit aussi l'avoir. Peu importe que l'adoption ait été faite conjointement par les deux époux ou par l'un d'eux seulement avec le consentement de l'autre. Notre principe est indépendant de ces circonstances.

M. Duranton remarque à ce propos, « qu'il y a là un avertissement pour l'époux donataire des biens, que son conjoint, qui se proposerait d'adopter, laissera à son décès; que c'est à lui de voir s'il lui convient de consentir ou de se refuser à l'adoption; et que peut-être ne trouverait-il pas même dans la stipulation de la réserve de tous ses droits, une suffisante garantie contre l'effet de ces principes. » (T. III, n° 320, p. 310, note 1re.)

Je pense aussi que le conjoint de celui qui se propose d'adopter, doit réfléchir sur ce point, avant de donner son consentement à l'adoption; et il convient d'autant plus qu'il en apprécie les effets, en ce qui le concerne, que je n'hésite pas à dire qu'il ne pourrait

pas les conjurer par ses réserves ; car la loi prohibe tout pacte sur une succession future (art. 791, 1130, 1600; comp. Montpellier, 8 juin 1823, Carrion de Nisas, Sirey, 1823, II, 295; Cass., 29 juin 1825, mêmes parties, Sirey, 1826, I, 29; Paris, 26 mars 1839, Devaudrimey, Dev., 1839, II, 200; Merlin, *Quest. de droit*, t. VII, v° *Adoption*, § 5, n°s 2, 3; Duranton, t. III, n° 319; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 1011, note 1; Valette sur Proudhon, t. II, p. 222; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 195; Odilon Barrot, *Encyclop. du droit*, v° *Adoption*, n°s 68-70; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, art. 350, n° 521; D., *Rec. alph.*, v° *Adoption*, n°s 192-196; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 653, 654; Massé et Vergé, t. I, p. 353; Vernet, *de la Quotité disponible*, p. 352-355).

163. — Si l'adoptant s'est marié postérieurement à l'adoption, l'adopté pourra-t-il invoquer l'article 1098?

Voici d'abord les termes de cet article :

« L'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un « autre lit, contractera un second ou subséquent ma- « riage, ne pourra donner à son nouvel époux qu'une « part d'enfant légitime le moins prenant, et sans que, « dans aucun cas, ces donations puissent excéder le « quart des biens. »

On a soutenu que l'adopté n'a point droit à cette réserve spéciale :

1° Parce que la lettre même de l'article 1098 ne s'applique qu'aux *enfants nés d'un autre lit*, c'est-à-dire seulement aux enfants nés d'un mariage antérieur, aux enfants du sang;

2° Parce que l'esprit de cet article, édicté principalement en haine des secondes noces, ne s'oppose pas moins à ce que l'adopté puisse s'en prévaloir (Zacha-

riæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 654; Troplong, *des Donat. et testam.*, t. IV, n° 2701; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 195; Boutry, *des Donations entre époux*, n° 449).

Ces motifs sont très-graves, sans doute. Voici toutefois comment je répondrais :

1° L'article 350 accorde à l'adopté, sur la succession de l'adoptant, les mêmes droits qu'y aurait l'enfant né en mariage; et nous en avons conclu que la même réserve, qui appartenait à l'enfant né en mariage, appartenait dès lors à l'adopté;

Or, l'article 1098 ne fait autre chose que d'établir une réserve spéciale pour l'enfant né en mariage; il règle, pour une certaine hypothèse, les droits de l'enfant né en mariage dans la succession de son auteur;

Donc, cet article est applicable à l'adopté, qui, encore une fois, doit avoir, *sur la succession de l'adoptant*, absolument les mêmes droits.

2° On objecte que le texte de l'article 1098 ne s'applique qu'*aux enfants d'un autre lit!...*

Mais l'article 350 ayant, une fois pour toutes, établi l'assimilation entre l'adopté et l'enfant du mariage, en ce qui concerne la succession de l'adoptant, il n'était pas nécessaire que la loi reproduisît ensuite cette assimilation chaque fois qu'elle réglerait les droits héréditaires de l'enfant légitime; et il est d'autant moins surprenant qu'elle ne l'ait pas fait, que l'adoption étant chez nous assez rare, on conçoit qu'elle ne se présente pas toujours à la pensée du législateur.

3° Il ne me paraît pas d'ailleurs exact de dire que l'article 1098 soit fait principalement *en haine des secondes noces*. Son vrai motif, c'est de garantir plus fortement les droits héréditaires de l'enfant, dans une

circonstance où ils pourraient être souvent plus compromis.

« L'édit (des secondes noces) n'est fait, dit Pothier, que pour empêcher la femme, qui se remarie, *de donner trop d'atteinte aux parts* que ses enfants des précédents mariages, ont droit d'attendre en sa succession.... » (*Traité des Donations entre-vifs*, sect. III, art. 8, § 2.)

Or, la loi assure à l'adopté les mêmes droits qu'à l'enfant né en mariage; elle les lui garantit de la même manière (art. 350); et il est certain que le mariage de l'adoptant pourrait très-sérieusement les compromettre; car l'adoptant est âgé déjà! car il a un enfant adoptif! et dès lors il ne pourra, le plus souvent, se marier qu'au prix de donations considérables et de sacrifices de fortune;

Or, c'est là précisément le danger contre lequel l'article 1098 protége les droits héréditaires de l'enfant du premier lit;

Donc, cet article est applicable à l'adopté (comp. Cass., 26 avril 1808, Marie Faur, Sirey, 1808, I, 333; Delvincourt, t. I, p. 96, note 7; Merlin, *Rép.*, t. XII, v° *Révocation d'adoption*; Grenier, *de l'Adoption*, n° 43; Taulier, t. I, p. 454; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 353).

164. — Mais, de ce qui précède, il ne faut pas conclure que l'article 960 soit applicable en cette matière, et que la donation entre-vifs, faite par l'adoptant antérieurement, soit révoquée de plein droit par l'adoption.

Cette doctrine nous paraît certaine, malgré le dissentiment de Marcadé, qui, après l'avoir d'abord admise, s'en est ensuite départi (sur l'article 350; et *Consultation*, dans Dev., 1852, I, 180). M. Duwarnet, avocat très-distingué du barreau d'Évreux, a publié

également, en ce sens, un intéressant mémoire, qui ne nous a pas toutefois convaincu.

Le texte et les principes qui concernent ce droit de *révocation*, sont en effet, très-différents de ceux qui régissent le droit de *réduction*, dont nous venons de parler (*supra*, n° 161).

Et d'abord, aux termes de l'article 960, une donation entre-vifs, faite par une personne qui n'avait point d'enfant, est révoquée de plein droit *par la survenance d'un enfant légitime du donateur, même d'un posthume, ou par la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent, s'il est né depuis la donation ;*

Or, cet article ni aucun autre, n'attache à l'adoption cet effet exorbitant de la révocation immédiate et de plein droit;

Donc, l'adoption ne le produit pas.

Objecterez-vous que l'article 350 assimile l'adopté à l'enfant né en mariage ?

Je réponds : oui, en ce qui concerne ses droits *sur la succession de l'adoptant ;* et cet argument, en effet, nous a paru sans réplique pour assurer à l'adopté le même droit de réserve qu'à l'enfant né en mariage.

Mais la révocation de la donation entre-vifs, faite antérieurement par l'adoptant, ne serait pas pour l'adopté, pas plus que pour l'enfant né en mariage, un droit *sur la succession* du donateur.

Cette révocation s'accomplit actuellement, elle s'accomplit au profit du donateur lui-même.

Donc, l'article 350 ne peut pas faire entrer l'adopté dans l'application de l'article 960 (L. 8, Cod. *de revocandis Donationibus*); donc, cet article reste avec ses termes exclusifs de l'adopté.

Et cette doctrine n'est pas nouvelle; Voët lui-même enseignait, sous l'empire du droit romain, que la loi *si unquam* qui, la première, a posé le principe de la

révocation par survenance d'enfant, ne pouvait pas être appliquée à l'adoption : « Propter libros adopti-« vos, post donationem assumptos, eamdem non posse « revocari firmiter statuendum est. » (Pandect., *de Donationibus,* n° 27; comp. Cass., 2 février 1852, Fortier, Dev., 1852, I, 178; Proudhon et Valette, t. II, p. 223; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Code Nap.*, p. 195, 196; Toullier, t. II, n° 1011; Merlin, *Quest. de droit*, t. VII, v° *Adoption*, § 4; Duranton, t. III, n° 315, et t. VIII, n° 581; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 654; Massé et Vergé, t. I, p. 655; Odilon Barrot, *Encyclop.*, v° *Adoption*, n° 71; D., *Rec. alph.*, v° *Adoption*, n° 198; Troplong, *des Donations et test.*, t. III, n° 1373; Ancelot, *Revue de législation*, 1852, t. III, p. 152 et suiv.; Bourgeot, *Revue pratique de droit français*, 1859, t. VII, p. 329.)

165. — D'ailleurs il est évident que si cette révocation a eu lieu par la survenance d'un enfant né en mariage du donateur, l'adopté aura dans la succession de l'adoptant, sur ce bien, le même droit héréditaire que sur tous les autres.

166. — L'adopté fait-il, par sa présence, obstacle à l'exercice :

Soit du droit de retour légal établi par l'article 747 au profit de l'ascendant donateur;

Soit du droit de retour conventionnel stipulé par un donateur quelconque aux termes des articles 951 et 952?

A l'exercice du droit de retour légal?

Oui.

A l'exercice du droit de retour conventionnel?

Non.

Cette double réponse me paraît pouvoir être très-logiquement justifiée :

167. — Ce qu'on appelle *le retour légal* n'est en

réalité, autre chose qu'une espèce de succession *ab intestat*, succession anomale et exceptionnelle (art. 732) dans laquelle la loi recherche l'origine des biens, pour les faire *retourner* à leur point de départ; mais enfin c'est toujours de la loi que dérive cette succession;

Or, la loi elle-même accorde à l'adopté sur la succession de l'adoptant les mêmes droits qu'à l'enfant né en mariage (art. 350);

Donc, l'adopté doit tout autant qu'un enfant né en mariage, empêcher l'exercice de ce droit de retour, établi par la loi.

Et cette conclusion me paraît assez conforme au caractère de cette succession anomale qui ne s'ouvre en effet au profit de l'ascendant donateur, que lorsque l'enfant donataire n'a pas disposé des biens donnés; or, on peut dire que l'adoption, par laquelle il s'est donné un héritier dont les droits sont égaux à ceux de l'enfant né en mariage, renferme virtuellement cette disposition (comp. notre *Traité des Successions*, t. I, n° 508; Demante, t. II, n° 85 *bis*, II).

168. — Aussi faut-il appliquer la même solution à l'hypothèse du retour légal, réglé par l'article 351, et en refuser le bénéfice à l'adoptant, dans le cas où l'adopté prédécédé laisserait lui-même un enfant adoptif.

On objecte que l'article 351 se sert de ces mots : « Si l'adopté meurt sans *descendants légitimes.* » (D., *Rec. alph.*, v° *Adoption*, n° 205; Taulier, t. I, p. 455.)

Mais j'ai déjà répondu : l'enfant adoptif de l'adopté a sur la succession de celui-ci, les mêmes droits que les *descendants légitimes* (Chabot, *des Successions*, art. 747, n° 6; Duranton, t. VI, n° 220; Odilon Barrot, *Encyclop. du droit*, v° *Adoption*, n° 73).

169. — Bien différent est le droit de retour conventionnel.

Il dérive (son nom même l'annonce), de la convention des parties; c'est le donateur qui a stipulé une véritable condition résolutoire subordonnée à un événement défini et déterminé, savoir : le prédécès du donataire sans enfants; et cette condition doit être entendue suivant l'intention vraisemblable des parties (L. 5, § 1, ff. *de Legibus;* L. 44, ff. *de Condit. et demonst.*);

Or, il n'est nullement vraisemblable que le donateur ait songé au cas où le donataire adopterait quelqu'un; il n'est pas surtout vraisemblable qu'il ait, en ce qui le concerne, lui donateur, assimilé l'adopté au propre enfant du donataire;

Donc, la présence de l'adopté ne doit pas faire obstacle à l'exercice du retour conventionnel (Cass., 27 juin 1822, Ressein, Sirey, 1822, I, 422; *voy.* aussi décision du Conseil d'État du 14 octobre 1831, Henry, D., 1832, III, 17; Grenier, *de l'Adoption*, n° 39; Odilon Barrot, *Encyclop.*, n° 72; Merlin, *Quest. de droit*, t. VII, v° *Adoption*, § 6; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 655).

170. — Maintenant supposons que l'adopté est mort avant l'adoptant.

La succession de l'adopté est dévolue à ses parents, *à sa famille naturelle* (art. 348), suivant le droit commun, et comme s'il n'y avait pas eu d'adoption.

Aucun texte n'appelle l'adoptant à la succession de l'adopté, du moins en ce qui concerne les biens, qui ne proviennent pas de l'adoptant (*infra*, n° 172). C'est un des cas très rares, où le droit de successibilité *ab intestat* n'est point réciproque. Mais la loi a considéré que l'adoption a lieu dans l'intérêt de l'adopté et non pas dans celui de l'adoptant; preuve de plus au reste que cette image de paternité est bien imparfaite.

171. — Supposez pourtant que l'adopté ne laisse aucun parent au degré successible et qu'il n'ait pas non plus disposé des biens, qu'il aurait acquis par son travail et par son industrie, ou qui lui proviendraient de toute autre cause que de la libéralité de l'adoptant.

Est-ce que cette succession serait dévolue à l'État?

Est-ce que même alors, l'adoptant serait exclu?

Si dure que cette solution puisse paraître, elle est néanmoins, selon moi, inévitable.

La succession *ab intestat* ne peut appartenir qu'à ceux auxquels la loi l'attribue, et qu'on appelle pour cela même, les héritiers ou successeurs *légitimes;*

Or, la loi n'attribue en aucun cas, à l'adoptant, la succession de l'adopté; au contraire le texte formel de la loi attribue cette succession soit aux parents de l'adopté, soit à l'État (art. 768);

Donc, l'adoptant ne peut jamais la recueillir.

C'est par le même motif, que nous avons déjà résolu une question assez semblable, la question de savoir si le père ou la mère de l'enfant naturel peuvent succéder à l'enfant légitime de leur enfant prédécédé (comp. notre *Traité de la Paternité et de la filiation*, n° 552).

172. — Toutefois cette exclusion aurait été plus que rigoureuse, elle serait devenue véritablement injuste, si la loi l'eût étendue même à ceux des biens de la succession de l'adopté qui provenaient de l'adoptant.

Elle a donc accordé à l'adoptant et même à ses descendants sur ces biens, un droit, à l'égard duquel nous allons dire rapidement :

1° Dans quels cas il s'ouvre;

2° Quels en sont le caractère et les effets.

173 — 1° Cette espèce de droit s'ouvre dans deux hypothèses :

A. L'adopté est mort sans descendants légitimes (ou adoptifs, *supra*, n° 168).

L'adoptant, s'il lui a survécu, recueille alors les choses par lui données.

Et même si l'adoptant était prédécédé, ses descendants recueillent les choses données par l'adoptant ou recueillies dans sa succession (art. 357).

Cette vocation est, comme on le voit, directement conférée aux descendants de l'adoptant, qui se trouvent ainsi appelés *proprio jure*, et qui peuvent recueillir ces biens, alors même qu'ils auraient renoncé à la succession de l'adoptant, ou que celui-ci encore vivant, aurait renoncé à son droit héréditaire sur ces biens.

174. — *Ses descendants*, dit l'article 351.

Un autre enfant adoptif recueillerait-il dans la succession de l'adopté décédé, les choses qui provenaient à celui-ci de l'adoptant?

La question est très-délicate; car l'adopté n'est assimilé à l'enfant né en mariage, qu'en ce qui concerne ses droits *sur la succession de l'adoptant;* or le droit dont il s'agit, s'exerce, non point dans la succession de l'adoptant, mais dans celle d'un enfant adoptif auquel il est tout à fait étranger (comp. Bordeaux, 23 août 1854, Renard, *J. du P.*, 1856 t. I, p. 123; Cass., 14 févr. 1855, mêmes parties, Dev., 1855, I, 185; Zachariæ, t. IV, p. 225).

Pourtant un enfant né en mariage aurait ce droit; et pourquoi l'aurait-il? parce qu'il a paru éminemment équitable de rendre *aux héritiers en ligne descendante* (art. 352) de l'adoptant, les biens qui provenaient de celui-ci, de les leur rendre par préférence aux parents de l'adopté et peut-être à l'État; aussi ces biens *retournent-ils* aux enfants de l'adoptant.

Ces biens, si l'adopté ne les avait pas reçus de l'adop-

tant, auraient été transmis aux enfants de l'adoptant; ce *retour* est donc une sorte de réparation du tort que ces enfants ont éprouvé dans leur part héréditaire;

Or, un autre enfant adoptif a également éprouvé ce tort;

Donc, il a droit aussi à la même réparation.

Les enfants nés en mariage sont d'ailleurs tout aussi étrangers à l'adopté qu'un autre enfant adoptif du même individu ; et dès lors il semble que, d'après les motifs essentiels de la loi, l'adopté devrait avoir ici les mêmes droits que l'enfant né en mariage (comp. Rodière, *Observations* sur l'arrêt précité du 14 fév. 1855, *J. du P.*, 1856, t. I, p. 123, 124 ; et G. Massé, *Observations* sur les arrêts précités de la Cour de Bordeaux et de la Cour de Cassation, Dev., 1854, II, 598, et 1855, I, 185).

175. — B. L'adopté est décédé laissant des enfants légitimes (ou adoptifs).

Mais ceux-ci sont eux-mêmes décédés sans postérité avant l'adoptant.

Dans ce cas, l'adoptant succède encore aux choses par lui données; mais la loi ne pouvant pas prolonger indéfiniment cette succession anomale, ni remonter trop haut à l'origine des biens, déclare alors ce droit inhérent à la personne de l'adoptant, et non transmissible à ses héritiers même en ligne descendante (article 352).

176. — Si l'adopté avait laissé plusieurs enfants, nous croyons qu'il résulte du texte de la loi et de ses motifs que l'adoptant ne succéderait qu'au dernier mourant, et seulement aux choses qui se retrouveraient dans sa succession.

L'article 352 subordonne en effet, dans ce cas, la vocation de l'adoptant à la condition que *les enfants ou descendants* de l'adopté mourront eux-mêmes sans pos-

térité; et la loi ne fait retourner à l'adoptant les choses par lui données que lorsque l'adopté est mort sans aucun enfant; donc, il suffit qu'un seul de ses enfants survive pour que le droit de l'adoptant ne s'ouvre pas (Delvincourt, t. I, p. 97, note 1; Grenier, *de l'Adoption*, n° 16; Zachariæ, t. IV, p, 224; Marcadé, art. 352, n° 2).

177. — 2° Quant au caractère du droit qui nous occupe, je l'ai déjà signalé (*supra*, n° 172).

C'est un droit héréditaire, très-semblable à celui que la loi a créé, au titre des *Successions*, dans deux circonstances analogues (art. 747 et 766). L'article 352 se sert même formellement du mot: *succéder*.

D'où il suit que ce droit de retour légal est en général régi par les mêmes règles qui gouvernent les successions *ab intestat*.

Ainsi, par exemple, il s'ouvre à la même époque (art. 718).

L'adoptant ou ses enfants doivent être capables et non indignes de succéder (art. 725, 727).

Ils ne pourraient faire d'avance aucune renonciation (art. 791, 1130, 1600).

Enfin, ils sont tenus de supporter les dettes (articles 724, 875).

178. — Cette dernière proposition est même formulée par l'article 351.

Remarquons seulement que des estimations seront nécessaires, afin de déterminer la part de contribution de l'adoptant ou de ses descendants; il faudra savoir en effet dans quelle proportion la valeur des biens donnés, qu'ils recueillent, se trouve avec la valeur de la masse héréditaire.

179. — C'est encore parce que l'adoptant ou ses descendants n'ont qu'un droit héréditaire, c'est parce qu'ils sont, à ce titre, les représentants de l'adopté

qu'ils doivent respecter tous les droits que celui-ci aurait consentis sur les biens, droit de servitude, d'usufruit, etc.

Et non-seulement ils ne peuvent recueillir les biens que dans l'état où ils se trouvent; mais ils ne les peuvent recueillir qu'autant qu'ils se retrouvent en nature dans la succession; ils doivent donc même respecter les dispositions partielles ou totales que l'adopté aurait faites soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, soit entre-vifs, soit même par testament (comp. Cass., 6 mars 1830, Sombal, Sirey, 1830, I, 121; Cass., 2 janv. 1838, Bercher, Dev., 1838, I, 634; Marcadé, art. 351, n° 3; Demante, t. II, n° 86 *bis*, I; Rodière, *Observations*, dans le *Journal du Palais*, 1856, t. I, p. 123).

180. — C'est assez dire que l'adoptant ni ses descendants n'ont aucun droit sur ces biens.

La loi, en effet, n'a pas la volonté arrêtée, la résolution prise de les leur rendre dans tous les cas et malgré tout! Elle en laisse, au contraire, à l'adopté lui-même la disposition pleine et entière, car il est propriétaire; car aucune condition résolutoire ne l'entrave; car enfin régulièrement ni l'adoptant ni ses enfants ne sont héritiers de l'adopté!

Mais lorsque l'adopté n'ayant pas disposé des choses qui lui proviennent de l'adoptant, c'est la loi elle-même qui est appelée à en régler la distribution, la dévolution *ab intestat*, elle a cru équitable de les faire retourner à leur origine, et de les rendre à l'adoptant ou à ses enfants. Mais encore une fois, elle ne peut les rendre qu'autant qu'ils se trouvent dans la succession *ab intestat* qu'elle distribue.

181. — D'après l'article 351, l'adoptant ou ses descendants sont appelés à recueillir les choses qui proviennent de l'adoptant, lorsqu'elles *existeront en nature*.

Mais les articles 747 et 766 sont plus développés ; ils ajoutent :

« Si les objets ont été aliénés, les ascendants re-
« cueillent le prix qui peut en être dû ; ils succèdent
« aussi à l'action en reprise que pouvait avoir le dona-
« taire. » (Art. 747.)

« Les actions en reprise, s'il en existe, ou le prix
« de ces biens aliénés, s'il est encore dû, retournent
« également.... etc. » (Art. 766.)

De là est née la question de savoir si l'adoptant ou ses descendants pourraient aussi succéder aux actions en reprise ou au prix encore dû des choses aliénées ?

Trois opinions sont en présence :

La première déclare que l'adoptant ou ses descendants n'ont droit ni aux actions en reprise ni au prix encore dû. Ce droit de retour est exceptionnel, et il ne peut pas être étendu même par voie d'analogie ; or, l'article 351 ne l'accorde qu'autant que la chose existe en *nature* (Toullier, t. II, n° 1013 ; Odilon Barrot, *Encyclop. du droit*, v° *Adoption*, n° 77 ; Taulier, t. I, p. 455).

La seconde opinion distingue : elle accorde à l'adoptant ou à ses descendants *les actions en reprise ;* mais elle leur refuse *le prix encore dû* (Duranton, t. III, n°s 323,324).

Je pense, au contraire, pour ma part, qu'ils ont droit tout ensemble et aux actions en reprise et au prix encore dû :

1° Il est évident que le retour légal, ou plutôt l'espèce de succession anomale établie par les articles 351 et 352, est de tous points semblable à la succession établie par les articles 747 et 766 ; c'est absolument la même pensée qui a inspiré le législateur dans ces trois circonstances ; et on ne comprendrait pas qu'il eût ré-

glé, d'une manière si différente, des situations complétement semblables;

Or, les articles 747 et 766 considèrent les actions en reprise et le prix encore dû comme représentant encore les objets donnés;

Donc, il en doit être de même dans les articles 351 et 352.

2° On objecte le silence de ces articles!

Je réponds que ce silence ne saurait être considéré comme exclusif; que les articles 351 et 352 renferment, en germe, les conséquences que les articles 747 et 766 ont seulement ensuite développées; mais que ces conséquences, conformes aux principes généraux, se trouvaient déjà dans ces articles, et que dès lors toutes ces dispositions (art. 351 et 352, 747 et 766) doivent être interprétées et complétées les unes par les autres.

Comment! il y a là, dans la succession, une action en reprise, une action en rescision, qui peut faire rentrer en nature l'objet donné, et vous la refusez à l'adoptant.

Mais cette action-là, c'est l'objet lui-même!

Qui actionem habet ad rem recuperandam, rem ipsam habere videtur? (L. 15, ff. *de Regulis juris;* comp. art. 526, 1303.)

Eh! qui donc l'aurait, cette action, si ce n'est l'adoptant ou son enfant? — Les parents de l'adopté? mais c'est impossible, car elle leur rendrait la chose *en nature* qu'ils ne peuvent pas recueillir. C'est-à-dire que l'action se trouverait éteinte au profit de l'acquéreur, ce qui est bien plus impossible encore!

Et cela est si vrai, que l'une des opinions dissidentes se rend sur ce point; mais elle résiste toujours en ce qui concerne le *prix encore dû*. Le prix, en effet, dit-elle, à la différence de l'action en reprise, ne représente pas juridiquement la chose elle-même.

Remarquez d'abord que cette opinion n'a plus pour elle l'objection tirée du silence de nos articles 351 et 352.

Et quant à cet argument, je réponds qu'il méconnaît évidemment la pensée du législateur. A tort ou à raison, le législateur, dans les articles 747 et 766, a considéré que le prix encore dû représentait, pour celui qui avait droit de recueillir la chose, cette chose elle-même. Par une tradition, sans doute, des principes du droit romain (Inst. de Justinien, *de Rerum divisione*, § 41), par une tradition, j'en conviens, peu d'accord avec nos principes modernes, il a considéré que l'*aliénateur* conservait encore une sorte de droit de propriété, tant que le prix n'était pas payé. Or, ce motif s'applique à l'hypothèse des articles 351 et 352, aussi bien qu'à celle des articles 747 et 766; et je ne comprendrais pas, je le répète, de différence entre elles.

On a prétendu pourtant que le retour légal, établi par les articles 351 et 352 au profit de l'adoptant ou de ses descendants, était moins favorable, aux yeux du législateur, que le retour établi par les articles 747 et 766.

Mais c'est précisément la proposition contraire qui est vraie !

Car, d'une part, les descendants de l'adoptant peuvent exercer, dans la succession de l'adopté, les mêmes droits que l'adoptant lui-même, tandis que les descendants de l'ascendant donateur ne jouissent pas du droit qui est accordé seulement à cet ascendant (art. 747).

Et d'autre part, l'adoptant a le droit de reprendre les biens par lui donnés, non-seulement dans la succession de l'adopté, mais encore dans celle de ses enfants, tandis que nous verrons que l'on s'accorde en général à refuser à l'ascendant donateur le droit de recueillir les objets donnés dans la succession des enfants du

donataire (Cass., 18 août 1818, Gonneau, Sirey, 1820, I, 107; Agen, 9 novemb. 1847, Delafaye, Dev., 1817, II, 662; Delvincourt, t. I, p. 96, note 11; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 1013, note 1; Valette sur Proudhon, t. II, p. 215-217; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 201; Marcadé, art. 352, n° 3; Demante, t. II, n° 86 *bis*, I).

132. — Nous compléterons, au reste, cette théorie du retour légal, lorsque nous serons arrivés à l'article 747. (*Voy.* notre *Traité des Successions*, t. I, n° 470 et suiv.)

CHAPITRE IV.

QUELLES SONT LES CAUSES DE NULLITÉ OU D'ANNULATION DE L'ADOPTION? — PAR QUI, COMMENT ET PENDANT COMBIEN DE TEMPS PEUVENT-ELLES ÊTRE PROPOSÉES?

SOMMAIRE.

183. — L'adoption peut être nulle ou annulable.
184. — A. Dans quels cas l'adoption est-elle nulle?
185. — B. Dans quels cas l'adoption est-elle annulable? — Exposition d'une théorie, d'après laquelle l'adoption, une fois prononcée, serait toujours irréformable.
186. — Réfutation de cette théorie.
187. — Par quelle voie l'annulation de l'adoption peut-elle être demandée ?
188. — L'opposition simple ou l'appel seraient-ils recevables?
189. — *Quid*, du pourvoi devant la Cour de Cassation?
190. — *Quid*, de la requête civile ?
191. — *Quid*, de la tierce opposition?
192. — Suite.
193. — La rétractation de l'arrêt d'homologation pourrait-elle être demandée à la Cour même, qui l'a rendu? — Conclusion.
194. — Pour quelles causes l'adoption est-elle annulable? — Une opinion très-accréditée enseigne que l'adoption doit être annulée,

lorsque toutes les conditions requises par la loi n'ont pas été rigoureusement accomplies.
195. — Suite. — Ne faut-il pas distinguer ?
196. — Le défaut d'actes respectueux de la part de l'adopté envers ses père et mère serait-il une cause de nullité de l'adoption?
197. — *Quid*, pour ce qui concerne l'inobservation des délais prescrits par les articles 354 et 357 ?
198. — Pourrait-on demander la nullité de l'adoption, en offrant de prouver que l'adoptant ne jouissait pas d'une bonne réputation ?
199. — Conclusion.
200. — Parmi les causes de nullité de l'adoption, les unes ne sont-elles pas seulement relatives, et les autres absolues?
201. — Quelles nullités sont relatives ?
202. — De la nullité fondée sur les vices du consentement personnel de l'une ou de l'autre des parties. — Par qui est-elle proposable ?
203. — Quelle sera la durée de l'action en nullité fondée sur les vices du consentement de l'adoptant ou de l'adopté ?
204. — De la nullité fondée sur le défaut de consentement des père et mère de l'adopté. — Par qui est-elle proposable?
205. — Comment peut-elle se couvrir? — Par la ratification expresse ou tacite, et par le laps de temps.
206. — Quel est ce laps de temps ?
207. — La nullité fondée sur le défaut de consentement du conjoint de l'adoptant, ne devrait-elle pas être aussi considérée comme relative ?
208. — Quelles sont les causes de nullité absolue de l'adoption?
209. — Suite.
210. — Par quelles personnes les nullités absolues peuvent-elles être proposées ?
211. — Suite.
212. — Les nullités absolues peuvent-elles se couvrir soit par une ratification, soit par le laps de temps ?
213. — Il faut toutefois distinguer l'état même des personnes d'avec les intérêts pécuniaires qui peuvent en dépendre.

183. — L'adoption peut être *nulle ou annulable.*

L'adoption est nulle, lorsqu'elle manque de l'une des conditions essentielles auxquelles la loi a subordonné son existence juridique ; alors, en effet, elle n'existe pas juridiquement ; elle ne peut produire aucun effet civil, et toute personne intéressée peut, en tout temps, soutenir qu'il n'y a pas d'adoption.

L'adoption annulable existe, au contraire, juridique-

ment; et il faut que l'annulation en soit prononcée par la justice sur la demande des parties intéressées. Nous verrons même qu'il ne serait pas impossible, dans des cas très-rares, il est vrai, que cette cause d'annulation disparût, et que l'adoption devînt ainsi *ex post facto*, inattaquable (*voy.*, au reste, sur cette importante distinction nos t. III, nos 239-241, et t. V, n° 418).

184. — A. Je considère que l'adoption est *nulle* :

1° Lorsqu'il y a eu absence totale de consentement de la part de l'une ou de l'autre des parties au moment de l'acte reçu par le juge de paix (*voy.* notre *Traité de la Paternité et de la filiation*, n° 419-2°);

2° Lorsque le prétendu contrat d'adoption n'a pas été reçu par un juge de paix, homologué par un tribunal de première instance et par une Cour impériale, et enfin qu'il n'a pas été inscrit sur les registres de l'état civil dans les trois mois qui ont suivi l'arrêt. L'article 359 lui-même déclare, en termes formels, que l'adoption *restera sans effet*, si elle n'est pas inscrite dans ce délai.

C'est qu'il s'agit d'une institution de droit positif, d'une création arbitraire du législateur humain, laquelle dès lors ne peut exister légalement qu'autant que les conditions essentielles de son existence légale ont été accomplies.

185. — B. Occupons-nous maintenant de l'adoption annulable.

Mais, tout d'abord, une grave question se présente :

L'adoption, une fois homologuée par le tribunal et par la Cour, et inscrite sur les registres de l'état civil, peut-elle être annulée? n'est-elle pas, au contraire, un acte désormais irréformable, dont la loi n'accorde à personne le droit de demander l'annulation?

Cette thèse a été vivement soutenue dans ces der-

niers temps; et voici, en effet, comment on peut raisonner :

1° Les jugements et arrêts qui admettent une adoption sont, par leur caractère même, essentiellement irréformables sous un double point de vue :

D'abord, l'autorité judiciaire exerce, en cette circonstance, une sorte de délégation du pouvoir législatif; l'adoption, en effet, était, à Rome, prononcée par une loi, et les rédacteurs du Code Napoléon avaient d'abord résolu de confier également cette mission au législateur lui-même. On reconnut toutefois les complications, les lenteurs, les difficultés de toute sorte, qui pourraient résulter de la forme législative appliquée à ces sortes de contrats dans un grand pays comme la France; et on remit à l'autorité judiciaire le pouvoir de prononcer les adoptions. Mais ce pouvoir a conservé, dans la main des magistrats, son caractère primitif; c'est une partie de la puissance législative qui se trouve, par exception, confiée à l'autorité judiciaire. Ceux-ci n'agissent donc plus dans le cercle de leurs attributions ordinaires; ils n'exercent point alors un acte quelconque de juridiction, ni nécessaire, ni volontaire ou *gracieuse;* ils ne jugent pas, ils n'homologuent pas; ils décrètent souverainement, législativement; et leurs résolutions sont comme *la loi* elle-même contre laquelle il n'y a, bien entendu, aucun recours possible.

Si le pouvoir judiciaire n'était chargé que d'homologuer le contrat d'adoption, un jugement du tribunal de première instance aurait suffi, comme dans tous les cas de simple homologation (art. 457, 1558, etc.);

Or, la loi exige ici la double condition d'un jugement et d'un arrêt; elle l'exige nécessairement;

Donc, ce n'est point là une simple homologation.

Remarquez ensuite que le jugement et l'arrêt sont

constitutifs et non pas seulement *déclaratifs* du nouvel état que l'adoption a produit; or, on sait que les actes de l'autorité publique, qui créent, qui constituent pour l'avenir l'état des personnes, produisent, envers et contre tous, un effet absolu (*voy.* notre t. I, n° 103; et notre t. V, n°s 320, 321).

2° Les rédacteurs du Code Napoléon auraient été vraiment d'une imprévoyance inouïe, s'ils n'avaient pas eu l'intention de déclarer irrévocable l'adoption une fois prononcée.

Dans quels cas, en effet, et pour quelles causes pourrait-elle être attaquée? par quelles personnes? pendant combien de temps? et surtout par quelle voie?

Sur tous ces points, silence absolu !

Aussi voyez les embarras et les perplexités des partisans de l'opinion qui déclare l'adoption annulable!

Ils ne savent quel chemin prendre pour arriver jusqu'à elle, et s'adressent en vain à toutes les voies ordinaires et extraordinaires de recours contre les jugements ou arrêts; toujours en vain! car il ne s'agit pas d'un jugement ou d'un arrêt, mais d'un acte véritablement législatif. Et voilà comment on est forcé de bouleverser l'ordre hiérarchique des juridictions et d'aller demander à un tribunal de refaire l'œuvre d'une Cour impériale, c'est-à-dire de *vérifier* si la Cour a bien *vérifié!*

3° Ce n'est pas ainsi que les rédacteurs ont procédé, dans le titre du mariage, lorsqu'ils ont voulu ouvrir des actions en nullité. Là, tout est réglé, tout est prévu : les causes de nullité, les personnes qui pourront les proposer, les délais et les fins de non-recevoir.

Rien de pareil au titre de l'adoption; et, encore une fois, cette profonde différence dans les textes serait

inexplicable, si elle ne témoignait pas d'une différence profonde dans les principes.

C'est que, en effet, la théorie de ces deux sujets est très-dissemblable.

Pour le mariage, la loi laisse aux parties elles-mêmes le soin de vérifier, à leurs risques et périls, si l'union qu'elles se proposent de contracter, est ou n'est pas conforme aux règles qu'elle a prescrites. L'autorité publique ne procède elle-même à aucun examen préalable.

Très-différente est l'adoption, qui ne peut se former qu'après que la puissance publique elle-même a d'abord préalablement vérifié si elle réunissait toutes les conditions requises.

Eh! pourquoi donc cette vérification solennelle, si l'adoption n'en est pas moins attaquable comme une simple convention ordinaire? Comment! le tribunal de première instance, et la Cour impériale, et le ministère public des deux degrés sont chargés d'examiner cet acte, de vérifier s'il réunit toutes les conditions nécessaires!... Et tout cela pour rien! ou du moins pour un résultat presque complétement insignifiant!

Non, cela n'est pas possible.

Ce que vous voulez faire maintenant, a déjà été fait! l'examen que vous provoquez *après*, il a eu lieu *avant;* il a eu lieu d'office, par les soins de la puissance publique, qui représentait tous les intérêts que l'adoption pouvait compromettre. L'adoption est prononcée. C'est *res solemniter per magistratus celebrata;* nul n'est recevable à se plaindre.

4° On se récrie! on invoque l'intérêt des familles, l'intérêt des collatéraux!

Cette objection même fut soulevée dans les discussions préparatoires; et M. Berlier répondit « que ce

n'est pas ici un droit des collatéraux. » (Locré, *Législ. civ.*, t. VI, p. 669.) D'ailleurs on a pourvu à cet intérêt par l'examen préalable et solennel, qui a été confié aux magistrats.

Il se pourra sans doute encore, malgré ces précautions, qu'une adoption soit admise dans les cas où elle n'aurait pas dû l'être. Mais quel est le système exempt de tout inconvénient! et dans quelle institution ne trouve-t-on pas des abus? Est-ce que l'autorité de la chose jugée ne peut pas aussi quelquefois consacrer irrévocablement une injustice! et pourtant elle n'en est pas moins l'un des plus solides fondements du bon ordre et du repos des États! Eh bien! de même, il importe que l'adoption une fois prononcée, demeure ferme et stable, et que tous les liens et tous les droits qui vont se former sur la foi de cet acte consacré par l'autorité publique, les mariages, les constitutions de dot, etc., soient irrévocablement garantis et assurés (comp. Dupin, conclusions à l'audience de la Cour de Cassation du 28 avril 1841, Dev., 1841, I, 277; Duvergier, article de la *Revue du droit français et étranger*, 1846, p. 26-43).

186. — La doctrine contraire est toutefois généralement enseignée et pratiquée; et elle me paraît, en effet, préférable.

Il est d'abord impossible de ne pas reconnaître combien la théorie qui précède, sacrifie les droits des familles, les droits d'un enfant de l'adoptant peut-être, dont on aurait dissimulé l'existence, et même aussi ceux des collatéraux, auxquels, après tout, la loi permet toujours d'attaquer les actes qui les dépouillent, lorsque ces actes ne sont pas conformes à ses prescriptions. C'est ainsi qu'ils peuvent demander la nullité non-seulement des donations entre-vifs et des testaments émanés de leur auteur, mais même aussi d'une

reconnaissance d'enfant naturel qu'il aurait faite (*voy.* notre t. V, n° 450), et même d'un mariage qu'il aurait contracté (t. III, n°s 305, 306), en un mot, de tous les actes contraires aux lois (art. 1594, *in fine*).

La logique et la raison exigent qu'ils ne puissent être aussi privés, par une adoption, des droits que la loi leur confère, qu'autant que cette adoption est régulière, et que dès lors ils aient le moyen d'en démontrer l'irrégularité. Tels sont les vrais principes ; et le mot de M. Berlier, *qu'il ne s'agit pas de l'intérêt des collatéraux*, ne saurait certainement avoir assez d'autorité pour les détruire.

Mais, dit-on, la loi précisément a pourvu à l'intérêt des collatéraux par les vérifications préalables qu'elle exige ; et voilà bien ce qui explique pourquoi les collatéraux, qui pourraient attaquer le mariage de leur auteur, ne peuvent pas attaquer une adoption faite par lui.

Qui ne voit que cette garantie des vérifications préalables ne saurait répondre à notre objection ?

S'agit-il d'un mariage ? la loi organise tout un système de publications et d'oppositions ; elle avertit, elle provoque les intéressés à signaler les empêchements ; et néanmoins, ensuite, la nullité du mariage pourra encore être demandée.

Pour l'adoption, rien de pareil, ou plutôt c'est tout le contraire ! au lieu de la publicité, le secret !

Deux conditions surtout constituent essentiellement les garanties de la bonne administration de la justice et des droits de toutes les parties : la publicité et le débat contradictoire ;

Or, les vérifications ordonnées en matière d'adoption ont lieu dans la chambre du conseil et sans contradicteur ;

Donc, il est exact de dire que les droits des intéressés

seraient destitués de véritables et sérieuses garanties, si ces intéressés n'étaient pas recevables à dénoncer les vices et la nullité de l'adoption une fois prononcée.

Quoi! les magistrats auraient été trompés par la production de pièces fausses, par de faux actes de naissance ou par la dissimulation de certains faits, de l'existence, par exemple, d'un enfant de l'adoptant; et il n'y aurait aucun recours possible! Notez que les magistrats sont d'autant plus exposés à être trompés, que tout se passe en secret, sans contradicteur, entre l'adoptant et l'adopté d'accord! Toullier l'a dit : avec un tel système, *les dispositions du Code Napoléon deviendraient illusoires!* (T. II, n° 1019.)

Est-ce là ce qu'ont voulu les rédacteurs de ce Code? et ce qu'ils n'ont pas fait pour le mariage, cette institution fondamentale de la société, l'ont-ils fait pour un contrat aussi exceptionnel que l'adoption?

Une telle supposition n'est guère admissible. Aussi rien n'annonce-t-il que l'on ait entendu dénaturer, en cette circonstance, l'autorité judiciaire et conférer aux magistrats un pouvoir *législatif* et souverain.

Au contraire, l'article 354, en déclarant que le contrat d'adoption sera soumis à l'*homologation* du tribunal, caractérise très-nettement, par ce terme tout judiciaire, la mission toute judiciaire, en effet, des magistrats; et les mots *jugement* et *arrêt* confirment de plus en plus cette observation.

Si le Code Napoléon a exigé que le contrat d'adoption fût soumis successivement à l'homologation du tribunal d'abord, et ensuite de la Cour, c'est seulement afin de l'entourer de plus de solennité et de garanties.

Mais non, dites-vous, ces garanties et ces solennités ne servent à rien, puisque l'adoption pourra être attaquée, comme si aucune vérification judiciaire n'avait eu lieu.

Je réponds que l'adoption produit entre-vifs des effets importants; elle est un acte de l'état civil qui crée certains rapports de paternité et de filiation, qui produit certains empêchements de mariage; et on comprend que le législateur n'ait pas voulu qu'il se formât par la seule volonté des parties. Ces motifs justifient suffisamment la condition de l'homologation judiciaire, sans qu'il soit nécessaire de la dénaturer et d'y attacher des effets que n'a jamais comportés cet acte de juridiction purement gracieuse, des effets exorbitants, par suite desquels la loi aurait sacrifié les droits des tiers, sans les entendre, sans les appeler! (Cass., 28 avril, 1841, Boirot, Dev., 1841, I, 273.)

187. — Les mêmes motifs, par lesquels je viens d'établir que la nullité de l'adoption peut être demandée en justice, établissent aussi comment et par quelle voie cette demande peut être formée.

L'adoption elle-même se forme par le contrat passé devant le juge de paix.

Le jugement du tribunal et l'arrêt de la Cour ne sont pas rendus *inter nolentes*, *inter contradicentes;* ils ne prononcent sur aucune contestation, car l'adoptant et l'adopté sont d'accord; ils ne *jugent* pas enfin que l'adoption est valable; ils la *supposent* telle seulement, et leur homologation n'est qu'une sorte de *visa*, solennel sans doute, mais qui ne saurait pas plus avoir l'autorité de la chose jugée que tous les actes semblables de simple juridiction volontaire et gracieuse (Merlin, *Quest. de droit*, t. VII, v° *Adoption*, § 11, n° 3).

D'où la conséquence que c'est par action principale devant le tribunal de première instance compétent, d'après le droit commun, que la nullité du contrat d'adoption doit être demandée.

Ainsi, après la mort de l'adoptant, l'action en pétition d'hérédité formée par ses héritiers devant le tribu-

nal du lieu de l'ouverture de sa succession (art. 110), donnera naturellement naissance à la demande en nullité, par voie d'exception, de l'adoption qui leur serait opposée.

188. — Ce mode de procéder nous paraît le meilleur, ou pour mieux dire, le seul vraiment juridique.

Quel autre mode en effet employer?

Il est bien clair que l'opposition simple ou l'appel ne seraient pas recevables ; car ces deux voies ne sont ouvertes qu'à ceux qui ont été parties.

189. — Serait-ce le recours en cassation, comme le dit Toullier? (T. II, n° 1019; ajout. aussi Riffé, p. 72.)

Mais comment se pourvoir devant la Cour de Cassation contre des arrêts *qui ne sont pas motivés?* et d'ailleurs ce mode de recours n'est ouvert aussi qu'à ceux qui ont été parties dans la procédure.

190. — Cette dernière objection prouve également qu'on ne pourrait pas davantage se pourvoir par la requête civile, laquelle n'est autorisée également qu'en faveur de ceux qui étaient parties. Et puis d'ailleurs la requête civile, en cette matière, ne pourrait guère être fondée que sur l'inobservation des formes prescrites à peine de nullité (art. 480-2° procéd.); et cette voie de recours manquerait dès lors dans les cas de nullité les plus importants.

191. — Il faut en dire autant de la tierce opposition, qui n'appartient qu'à ceux qui auraient pu ou dû être appelés dans l'instance (art. 474 procéd.).

192. — Un même argument d'ailleurs démontre que toutes ces voies de recours, ordinaires ou extraordinaires, ne peuvent pas être ici employées :

C'est qu'elles ne sont ouvertes que contre les jugements ou arrêts rendus en matière contentieuse et susceptibles d'acquérir l'autorité de la chose jugée ; or,

nous avons déjà dit que les jugements et arrêts homologatifs d'une adoption n'ont nullement ce caractère.

193. — Merlin, il est vrai (*Quest. de droit*, t. VII, § 11, n° 3), et M. Odilon Barrot a suivi sa doctrine (*Encyclop.*, v° *Adoption*, n° 85), Merlin, dis-je, conclut de cela même que la rétractation peut en être demandée directement, soit par l'adoptant, soit par ses héritiers, à la Cour même qui a rendu l'arrêt d'homologation ; car il est de principe que « les actes de juridiction volontaire peuvent être révoqués par le tribunal même qui les a faits, lorsqu'il est mieux informé et qu'on procède devant lui par la voie contentieuse. » (Dunod, *Traité de l'Aliénation des biens de l'Église*, p. 22). Or, l'arrêt d'homologation étant rétracté, l'adoption elle-même tombera nécessairement, puisqu'elle ne peut exister qu'en vertu d'un arrêt d'homologation.

Mais je pense que *la voie contentieuse* est précisément ici la voie ordinaire, et que la demande en nullité de l'adoption doit, comme toute autre demande, commencer par le premier degré de juridiction.

On objecterait en vain qu'un tribunal de première instance pourra réformer ainsi un arrêt de Cour impériale; la réponse est déjà faite : c'est que cet arrêt n'a point véritablement statué sur les droits des parties; c'est qu'il n'est qu'un *arrêt sur requête*, comme serait par exemple un arrêt ordonnant, sans contradicteur, une rectification sur les registres de l'état civil (art. 100 Cod. Napol.; comp. Colmar, 28 juillet 1821, Sander, Sirey, 1821, II, 288; Cass., 22 novembre 1825, mêmes parties, Sirey, 1826, I, 142; Paris, 26 avril 1830, Schneider, Sirey, 1830, II, 217; Cass., 24 avril 1831, Humbert, Dev., 1831, I, 321; Angers, 21 août 1839, Thoreau, Dev., 1839, II, 401; Cass., 16 mars 1843, *supra*; Delvincourt, t. I, p. 98, note 5; Duranton, t. III, n°s 329, 330; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 1019;

note 1; *Thémis*, t. VII, p. 105; Marcadé, t. II, art. 360, n° 3; Demante, *Programme*, t. I, n° 350, et *Cours analyt.*, t. II, n° 96; Odilon Barrot, *Encyclop. du droit*, v° *Adoption*, n° 84; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 645; Massé et Vergé, t. I, p. 350; D., *Rec. alph.*, v° *Adoption*, n°s 222-228; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 202).

194. — Il nous reste à voir pour quelles causes, par qui et pendant combien de temps la nullité de l'adoption peut être demandée.

Le Code Napoléon garde, à cet égard, le silence le plus complet; aussi l'opinion, qui prétend que la nullité de l'adoption ne peut, en aucun cas, être demandée par personne, nous a-t-elle prédit d'avance les embarras qui nous attendent ici.

On enseigne généralement « que l'adoption doit être annulée, lorsqu'elle a été prononcée en l'absence de l'une ou de l'autre des conditions requises, soit du côté de celui qui se propose d'adopter, soit du côté de celui qui doit être adopté, ou encore lorsque les règles de compétence ou de forme requises pour la validité de l'un ou de l'autre des actes nécessaires à la perfection de l'adoption, n'ont pas été observées. » (Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 644).

Cette doctrine paraît être unanimement suivie dans la jurisprudence et dans la doctrine.

C'est ainsi que M. Duranton enseigne que « l'adoption doit être annulée, comme contraire à la loi, *lorsque les conditions de capacité et autres, exigées par la loi, n'ont pas été observées.* » (T. III, n° 329.)

M. Odilon Barrot déclare en termes aussi généraux l'adoption annulable, *si les conditions exigées n'avaient pas été exactement remplies* (*Encyclop. du droit*, v° *Adoption*, n 82).

On peut dire en faveur de cette doctrine :

1° Que l'adoption est en effet un acte purement juridique, une fiction de droit positif, qui n'existe dès lors qu'autant que toutes les conditions et les formes exigées par la loi pour son existence, ont été accomplies ;

2° Que la loi d'ailleurs n'ayant pas fait de distinction entre les différentes conditions qu'elle exige, il n'est pas possible de déclarer que les unes seraient requises à peine de nullité, tandis que l'inaccomplissement des autres ne rendrait pas l'adoption annulable.

195. — Je conviens qu'une pareille doctrine est très-simple et qu'elle échappe à des distinctions très-délicates en effet et très-difficiles.

Mais cette rigueur absolue qui déclare l'adoption annulable dans tous les cas, quelle que soit d'ailleurs la cause de son imperfection, légère ou sérieuse, relative ou absolue, cette dureté, oserai-je dire le mot? presque aveugle, est-elle bien conforme à la raison, à l'équité, et dès lors à la pensée des rédacteurs du Code Napoléon ?

J'en doute beaucoup en ce qui me concerne; et je proposerai quelques distinctions.

196. — Il me semble d'abord qu'il est certaines causes sur lesquelles on ne pourrait pas fonder une demande en nullité d'adoption.

Ainsi, par exemple, d'après l'article 346, l'adopté majeur de vingt-cinq ans, est tenu de *requérir le conseil* de ses père et mère. Or, ce n'est pas là, il faut bien l'avouer, une condition essentielle de l'adoption; c'est un devoir de déférence imposé à l'adopté, mais un devoir dont l'inaccomplissement ne paraît pas devoir compromettre le sort de l'adoption elle-même, pas plus qu'il n'affecte le sort du mariage (*voy.* notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n°s 224 et 270).

Le silence du Code Napoléon, au titre de l'adoption, doit donc être interprété d'après cette analogie si raisonnable.

Nos savants collègues, MM. Aubry et Rau, ont toutefois combattu, sur ce point, notre doctrine (sur Zachariæ, t. IV, p. 644).

Tandis que, au contraire, M. Demante l'a admise (t. II, n° 80 *bis*, V).

197. — Pareillement, je ne puis pas croire qu'en admettant même que les délais de dix jours et d'un mois indiqués par les articles 354 et 357, fussent des délais de rigueur, en ce sens que l'homologation devrait être refusée après leur expiration (*supra*, n° 98), l'adoption dût être annulée plus tard, si le tribunal ou la Cour l'avait néanmoins homologuée, quoique les pièces n'eussent été remises qu'après l'expiration de dix jours ou d'un mois.

Comment! on annulerait cette adoption, consacrée peut-être par de longues années, par une éclatante possession d'état, par des mariages célébrés sur la foi de sa validité, on l'annulerait uniquement parce que les pièces n'auraient été remises au ministère public que le onzième jour au lieu du dixième! (Art. 357.)

Évidemment ce serait attacher à un délai purement réglementaire une sanction d'une énormité sans mesure!

198. — Je n'admettrais pas non plus qu'il fût possible de demander la nullité de l'adoption sur le motif que l'adoptant ne jouissait pas d'une bonne réputation.

A cet égard, mon avis est que l'homologation judiciaire forme une preuve irréfragable :

1° Le Code Napoléon distingue lui-même cette condition toute spéciale des autres conditions requises pour l'adoption; c'est seulement dans la section II du cha-

pitre I, qu'il la mentionne tout à fait à part, tandis que les autres conditions sont exigées dans la section I; et l'article 355 signale lui-même clairement la différence que le législateur a voulu établir à cet égard.

2° Cette condition est en effet de telle nature, que la loi devait s'en remettre, pour la vérifier, à la souveraine appréciation des magistrats. On ne comprendrait pas que le Code Napoléon, qui ne veut ni enquête ni renseignements publics pour ménager la réputation de l'adoptant, eût permis ensuite d'insulter à sa mémoire et de troubler ses cendres, alors qu'il ne serait plus là pour défendre son honneur outragé.

199. — Je n'admettrais donc pas de demande en nullité, dans les cas qui précèdent.

200. — Bien plus, parmi les causes de nullité, que je reconnais aussi moi-même, je voudrais encore faire quelques distinctions.

Les unes, en effet, me paraissent plus particulièrement fondées sur un interêt privé, particulier;

Les autres, au contraire, sur un intérêt général et public.

Pourquoi donc dès lors ne pas reconnaître, dans l'adoption comme dans le mariage, deux sortes de nullités :

Les unes, relatives;

Les autres, absolues.

Le silence du Code Napoléon ne saurait être, je le répète, une objection décisive; car, malgré ce silence, il nous faut bien résoudre tout cet ordre de questions concernant la nullité de l'adoption (art. 4); et quoi de plus simple et de plus raisonnable que de recourir à des principes établis par le Code Napoléon lui-même dans des circonstances semblables, à des principes d'ailleurs parfaitement conformes à la logique et à la raison?

201. — Cela posé, je considérerais comme relatives :

1° La nullité fondée sur les vices de dol, d'erreur ou de violence, dont serait entaché le consentement de l'une ou de l'autre des parties, de l'adoptant ou de l'adopté (art. 1109);

2° La nullité fondée sur le défaut de consentement des père et mère de l'adopté, qui n'avait point accompli sa vingt-cinquième année (art. 346).

202. — Que la nullité fondée sur les vices du consentement personnel de l'une des parties ne doive être que relative, c'est ce qui me paraît certain (arg. de l'article 1115; joig. art. 180).

Elle ne sera donc proposable que par celle des parties dont le consentement a été imparfait, et par ses héritiers ou successeurs universels.

Il est vrai que nous avons pensé que la demande en nullité du mariage, fondée sur les vices du consentement de l'un des époux, ne pouvait pas être formée par ses héritiers (*voy.* notre t. III, n° 258); mais c'est là une exception au droit commun, une exception exorbitante, qui s'explique par l'extrême faveur que la loi accorde au mariage, mais qu'elle n'accorde pas certes au même degré, à l'adoption.

203. — C'est aussi cette raison de différence qui me fait croire que l'action en nullité, résultant des vices du consentement de l'adoptant ou de l'adopté, ne s'éteindrait que par l'expiration de dix ans, à partir du jour où la partie intéressée aurait pu agir (art. 1304). Je n'appliquerais donc pas ici la disposition tout exceptionnelle de l'article 180.

MM. Aubry et Rau (sur Zachariæ, t. IV, p. 646), pensent même que cette action en nullité ne se prescrit que par trente ans (art. 2262).

L'article 1304 pourtant s'applique, d'après ses ter-

mes mêmes, « à tous les cas où l'action en nullité ou « en rescision d'une convention n'est pas limitée à un « moindre temps par une loi particulière. » Or, aucun texte n'a déterminé la durée de l'action en nullité contre le contrat, contre la *convention* d'adoption (comp. Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 205).

204. — L'action en nullité, fondée sur le défaut de consentement des père et mère de l'adopté, ne serait proposable que par les père et mère dont le consentement était requis, et par l'adopté lui-même (arg. de l'article 1125; joig. art. 182).

205. — Elle s'éteindrait d'ailleurs, comme toute nullité seulement relative :

Soit par la confirmation expresse ou tacite;

Soit par l'expiration du temps fixé par la loi (art. 1115; joig. art. 183).

206. — *Ce temps* est de dix ans, ainsi que je viens de le dire (n° 203), à moins qu'on n'applique, en cette circonstance, l'article 183, qui déclare l'ascendant non recevable à demander la nullité du mariage, *lorsqu'il s'est passé une année* sans réclamation de sa part depuis qu'il en a eu connaissance.

Cette application pourrait paraître sans doute raisonnable; mais l'article 183 renferme, sous ce rapport, une exception à la règle générale consacrée par l'article 1304. Nous est-il permis de l'étendre du mariage à l'adoption? je ne le pense pas.

207. — La nullité fondée sur le défaut de consentement du conjoint de l'adoptant, ne devrait-elle pas être aussi considérée comme relative?

On pourrait dire peut-être que c'est surtout dans l'intérêt particulier et personnel de ce conjoint que son consentement est requis; et cette solution serait très-favorable, si, en effet, depuis l'adoption, le conjoint

de l'adoptant l'avait ratifiée; s'il avait lui-même donné à l'adopté des témoignages de bienveillance et de tendresse; si des lettres, des actes, émanés de lui, ne laissaient, à cet égard, aucun doute. Ne serait-il pas bien rigoureux d'annuler cette adoption après vingt ou trente ans peut-être, lorsque des mariages auraient eu lieu, de l'annuler pour le défaut de consentement du conjoint de l'adoptant, qui aurait ainsi publiquement et pendant longues années, approuvé et confirmé cette adoption!

Il faut se défier toutefois de ce dernier argument; on pourrait le produire en effet dans d'autres cas aussi, où, pourtant la nullité serait, sans aucun doute, absolue. L'adoptant, par exemple, avait, au moment de l'adoption, moins de cinquante ans accomplis; il est mort à quatre-vingt-dix ans. Cette adoption, consacrée par le temps, par cette longue possession d'état, n'en devra pas moins être annulée, si la nullité en est demandée. Pourquoi? parce que cette cause de nullité a un tel caractère qu'elle est d'ordre public, et dès lors absolue.

Or, quel est le véritable caractère de l'article 344 qui exige le consentement du conjoint de l'adoptant? c'est aussi une disposition d'ordre public, qui a pour but d'assurer la paix des ménages. La nullité fondée sur l'inaccomplissement de cette condition, me paraît donc être absolue.

208. — J'en dis autant de toutes les autres conditions que la loi exige dans l'intérêt général de la société.

Ainsi, par exemple, la nullité serait absolue :

Si l'adoptant ou l'adopté était étranger (*supra*, n° 48);

Si l'adoptant était, à l'époque de l'adoption, âgé de moins de cinquante ans accomplis;

S'il avait des enfants légitimes;

S'il n'avait pas au moins quinze ans de plus que l'adopté;

S'il ne lui avait pas effectivement fourni des secours et donné des soins non interrompus dans sa minorité pendant six ans;

Si l'adopté était l'enfant naturel de l'adoptant (*supra*, n°s 51, 52), etc., etc.

209. — Pareillement, il y aurait encore nullité absolue, si les règles de compétence ou de forme, nécessaires pour la perfection de l'adoption, n'avaient pas été observées (Paris, 26 avril 1830, Schneider, Sirey, 1830, II, 217).

210. — La nullité absolue peut être proposée:

1° Par l'adoptant et par l'adopté, qui ont certainement pour agir, en pareil cas, un intérêt moral et pécuniaire (art. 348, 349), et auxquels on ne saurait opposer aucune fin de non-recevoir : ni l'autorité de la chose jugée (car rien n'a été jugé), ni leur propre consentement; car il s'agit ici de dispositions d'ordre public, sur lesquelles nul ne peut pactiser (art. 6, 184, 191; Cass., 22 nov. 1825, Sirey, 1825, I, 142; Nancy, 13 juin 1826, Sirey, 1826, II, 251; Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Adoption*, § 10; *voy.* toutefois notre *Traité de la Paternité et de la filiation*, n°s 436, 437);

2° Par tous ceux qui ont un intérêt pécuniaire né et actuel (arg. de l'article 187), c'est-à-dire le plus souvent par les héritiers de l'adoptant, agissant soit comme ses successeurs universels, soit en leur propre nom; car nous avons dit qu'ils ne pouvaient être privés de leurs droits héréditaires que par des actes réguliers (*supra*, n° 186; Grenoble, 22 mars 1843, Rogniat, Dev., 1843, II, 505; Bordeaux, 30 janv. 1845, Pons, Dev., 1845, II, 65; Paris, 13 mai 1854, Lh..., Dev., 1854, II, 494; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 644; *voy.* notre *Traité* précité, n° 450).

211. — L'intérêt que les parents de l'adoptant pourraient avoir à empêcher l'adopté de porter leur nom de famille, cet intérêt seul ne saurait leur donner qualité pour demander, du vivant même de l'adoptant, la nullité de l'adoption.

C'est la solution consacrée par un arrêt de la Cour de Grenoble fort soigneusement motivé :

« Attendu, en droit, que si un nom honorablement porté est un des plus précieux patrimoines de la famille, et si la jurisprudence admet l'action judiciaire dans le seul but de s'opposer à l'usurpation du nom de celui qui réclame[1], il ne faut pas confondre le cas où une personne s'empare, sans titre, du nom d'autrui, avec celui où l'attribution du nom est la conséquence naturelle et légale d'un acte de l'état civil préexistant;..... que le seul intérêt de l'honneur et de la conservation du nom n'est point un titre suffisant pour autoriser tous les membres d'une famille, parce que des actes de naissance, de reconnaissance d'enfant naturel ou de mariage, ont pour effet l'attribution à d'autres personnes du nom de cette famille, à demander la nullité de ces actes; que, dans tous ces cas, il faut que le demandeur s'appuie sur un intérêt né et actuel; ce que l'article 187 a même pris le soin d'exprimer formellement, lorsqu'il s'agit de mariage; attendu que ce qui est vrai à l'égard d'un acte de naissance, qui n'a souvent d'autre garantie que la parole du déclarant, ou de la reconnaissance d'un enfant naturel, qui ne repose que sur la volonté de celui qui l'a faite, ne l'est pas moins à l'égard de l'adoption qui est entourée de formes sacramentelles..... etc. » (22 mars, 1843, Rogniat, Dev., 1843, II, 505.)

212. — La nullité absolue est en général perpé-

1. Voy. notre tome I, au titre *des Actes de l'état civil*, n° 332-1°.

tuelle; fondée sur un intérêt d'ordre public, elle n'est susceptible de s'effacer ni par le temps ni par aucune espèce de ratification (art. 6 ; Marcadé, art. 360, n° 3; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. I, p. 350; *voy.* toutefois Aubry et Rau, *loc. supra*).

213. — Seulement, il ne faut pas confondre l'action qui a pour objet l'état même des personnes, les rapports juridiques de paternité créés par l'adoption avec les intérêts pécuniaires qui peuvent en dépendre.

Ceux-ci sont très-aliénables et très-prescriptibles; et, sous ce rapport, l'action en nullité contre l'adoption elle-même, de la part des héritiers de l'adoptant, s'anéantirait par la prescription trentenaire qui, en éteignant leur pétition d'hérédité, leur ôterait ainsi tout intérêt pécuniaire, et par conséquent leur qualité pour agir (*voy.* notre *Traité de la Paternité et de la filiation*, n° 452).

SECONDE PARTIE.

DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.

SOMMAIRE.

214. — Définition de la tutelle officieuse. — Son but.
215. — Elle n'est pas un préliminaire indispensable de l'adoption.
216. — Division.

214. — La tutelle officieuse est un acte juridique par lequel une personne contracte, indépendamment des devoirs généraux de la tutelle ordinaire, l'obligation spéciale d'élever gratuitement un pupille, et de le mettre en état de gagner sa vie.

C'est une institution toute moderne, dont l'idée appartient aux rédacteurs du Code Napoléon, et qui n'a guère, avec la tutelle officieuse du Code prussien (partie II, tit. II, art. 753, 773), d'autre ressemblance que le nom.

L'adoption n'ayant été admise qu'à l'égard des majeurs, les rédacteurs de notre Code ont voulu remédier à ce que ce principe pouvait avoir de fâcheux, et même peut-être de contraire à la nature de l'adoption.

Tel est le but de la tutelle officieuse, au moyen de laquelle on peut s'attacher un mineur par un titre légal, et qui devient ainsi l'auxiliaire de l'adoption. Elle permet, en effet, de satisfaire officiellement à la condition de secours et de soins exigée par l'article 345; et même après cinq ans, elle autorise l'adoption testamentaire (*supra*, n° 71).

215. — Nous avons déjà dit que la tutelle officieuse n'est pas un préliminaire indispensable de l'adoption;

et c'est ce qui explique comment elle est si rare, que l'on peut à peine en citer quelques exemples ; car elle ne produit, en ce qui concerne le tuteur officieux, d'autre effet que de lui imposer des obligations, et de le lier d'avance, du moins à certains égards ; or, il est naturel que la personne qui aurait une pensée d'adoption, aime mieux conserver le droit d'apprécier elle-même, en toute liberté, le caractère plus ou moins intelligent, affectueux et reconnaissant de l'enfant qui est l'objet de ses soins.

216. — Examinons rapidement :

1° Quelles sont les conditions de la tutelle officieuse ;

2° Quelles sont ses formes ;

3° Quels sont ses effets.

SECTION I.

QUELLES SONT LES CONDITIONS DE LA TUTELLE OFFICIEUSE?

SOMMAIRE.

217. — La tutelle officieuse se forme, comme l'adoption, par un contrat.
218. — L'enfant ne pouvant pas consentir par lui-même, il faut obtenir le consentement de ses représentants. — Quels sont ici ses représentants ?
219. — Suite. — Quel est le sens du mot *municipalité*, dans l'article 361 ?
220. — Les conditions exigées pour la tutelle officieuse sont en général fondées sur le motif que cette tutelle suppose un projet d'adoption. — Conséquences.
221. — La tutelle officieuse est-elle permise aux femmes ?
222. — Il faut que le pupille soit âgé de moins de quinze ans.
223. — Le même enfant ne peut pas être soumis à deux tutelles officieuses.
224. — Suite. — Exception.

217. — La tutelle officieuse, de même que l'adoption, se forme par une convention entre l'individu qui

veut devenir tuteur officieux, et les représentants de l'enfant.

Le consentement des parties est donc au premier rang des conditions requises (art. 1101).

218. — L'enfant n'ayant pas la capacité de donner un consentement par lui-même (art. 1125), il faut obtenir :

1° Le consentement de ses père et mère, s'ils existent tous les deux, et s'ils sont en état de manifester leur volonté.

Leur dissentiment ferait donc obstacle à l'établissement de la tutelle (*supra*, n° 33);

2° Si l'un des deux est mort ou dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté, le consentement de l'autre (*supra*, n° 34);

3° A défaut des père et mère, le consentement non pas des aïeuls et aïeules, mais du conseil de famille, dans lequel les ascendants n'ont que leur voix, s'ils en font partie (comp. art. 150, et *supra*, n°s 33, 34). Peut-être a-t-on craint que les ascendants auxquels est imposée l'obligation de nourrir l'enfant qui est dans le besoin (art. 205-207), ne consentissent trop facilement à une tutelle qui aura pour effet de les décharger de cette obligation;

4° Si l'enfant n'a pas de parents connus :

Le consentement des administrateurs de l'hospice où il aura été recueilli (loi du 15 pluviôse an XIII, art. 1er; *voy.* notre t. V, n° 339);

Ou le consentement de la municipalité du lieu de sa résidence (art. 361).

219. — *Municipalité*..... Quel est le sens de ce mot?

Quelques auteurs enseignent qu'il signifie *le conseil municipal* (Taulier, t. I, p. 467; Marcadé, t. II, art. 361, n° 1).

Mais il me paraît résulter de plusieurs textes légis-

latifs, qu'en général la *municipalité*, considérée comme personne morale, est représentée par le maire (comp. loi du 28 pluviôse an VIII, art. 13, 15; loi du 18 juillet 1837, art. 9 et 14; Code d'instruction criminelle, art. 620).

C'est le maire, en effet, qui seul administre.

Consultés précisément sur cette question, nous conseillâmes, mon regrettable confrère M. G. Delisle et moi, de demander tout ensemble le consentement du conseil municipal et celui du maire; car il s'agissait d'un acte à faire, et le mieux, en pareil cas, est de se mettre en règle avec toutes les opinions, quand cela est possible (comp. Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 358; Aubry et Rau, t. IV, p. 659).

220. — Les autres conditions exigées par la loi sont, en général, fondées sur ce motif, que la tutelle officieuse suppose un projet d'adoption dont elle est le moyen préliminaire.

Ainsi, en ce qui concerne le tuteur officieux, il doit:

1° Être âgé de plus de cinquante ans;

2° N'avoir point d'enfants ni de descendants légitimes (comp. art. 343, 361);

3° Obtenir, s'il est marié, le consentement de son conjoint (comp. art. 344, 362);

4° Enfin, être capable d'exercer la tutelle ordinaire (art. 442, 444); car, après tout, la tutelle officieuse est une tutelle.

221. — Néanmoins, la tutelle officieuse est permise aux femmes, quoiqu'elles soient, en général, incapables de gérer une tutelle ordinaire (art. 442-3°).

On objecterait en vain que l'article 361 ne dit pas, comme l'article 343 : « Tout individu *de l'un et de l'autre sexe....* »

Car la tutelle officieuse étant un préliminaire de l'adoption, et l'adoption étant permise aux femmes, il

est certain que le législateur n'a pas voulu leur défendre la tutelle officieuse. Aussi l'article 362, en déclarant sans distinction qu'*un époux* ne peut devenir tuteur officieux sans le consentement de *son conjoint*, suppose-t-il très-explicitement que la femme, aussi bien que le mari, peut entreprendre cette tutelle.

222. — En ce qui concerne le pupille, il faut qu'il soit âgé de moins de quinze ans (comp. art. 345, 364).

223. — Ajoutons qu'il ne doit pas être soumis à une autre tutelle officieuse; car nul ne pouvant être adopté par plusieurs (art. 344), et la tutelle officieuse étant le moyen préparatoire de l'adoption, il s'ensuit que le même individu ne peut pas être placé sous la tutelle officieuse de plusieurs personnes.

224. — Ce motif même prouve assez qu'il en serait autrement s'il s'agissait de soumettre le même pupille à la tutelle officieuse de *deux époux* (art. 344, *in fine;* comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 659; Massé et Vergé, t. I, p. 358; Demante, t. II, n° 99 *bis*).

SECTION II.

QUELLES SONT LES FORMES DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.

SOMMAIRE.

225. — Le juge de paix du domicile de l'enfant dresse le procès-verbal des consentements respectifs.
226. — Ce procès-verbal peut aussi renfermer des stipulations particulières.
227. — Il n'y a lieu à aucune homologation judiciaire.
228. — Quel droit est dû pour les actes de tutelle officieuse.

225. — Rien de plus simple :

« Le juge de paix du domicile de l'enfant dressera « procès-verbal des demandes et consentements rela- « tifs à la tutelle officieuse. » (Art. 363.)

C'est devant le juge de paix du domicile de l'enfant que cet acte doit être passé, parce qu'en effet, le principe général est que la tutelle s'organise devant le juge de paix du *domicile du mineur* (art. 406; *voy.* au contraire l'article 353).

226. — Nous allons voir que cet acte peut aussi renfermer des stipulations particulières relativement aux obligations contractées par le tuteur officieux (*infra*, n° 240).

227. — Il n'y a lieu, d'ailleurs, à aucune espèce d'homologation judiciaire de ce contrat.

228. — Il est dû un droit fixe de cinquante francs pour les actes de tutelle officieuse (loi du 28 avril 1816, art. 48).

SECTION III.

QUELS SONT LES EFFETS DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.

SOMMAIRE.

229. — Le tuteur officieux contracte deux obligations : l'une, principale; l'autre, accessoire.
230. — A. Le tuteur officieux a en général les mêmes obligations et les mêmes droits qu'un tuteur ordinaire.
231. — Cette proposition n'est pas contestée, lorsque le pupille n'a plus ses père et mère. — Conséquences.
232. — En est-il de même, lorsque le pupille a encore ses père et mère, ou seulement l'un d'eux? La question est controversée.
233. — Et d'abord, le gouvernement et la garde de la personne du pupille appartiennent-ils alors au tuteur officieux?
234. — Suite. — Les père et mère du pupille conservent-ils la puissance paternelle?
235. — Le tuteur officieux a-t-il l'administration des biens du pupille?
236. — Les immeubles du tuteur officieux sont-ils soumis à l'hypothèque légale?
237. — Faut-il nommer un subrogé tuteur, lorsque le pupille a encore ses père et mère, ou seulement l'un d'eux?
238. — B. Le tuteur officieux doit élever à ses frais le pupille et le mettre en état de gagner sa vie. — *Quid*, si le pupille a des biens et des revenus personnels?

239. — Suite.
240. — Les obligations du tuteur sont d'ailleurs plus ou moins étendues, suivant les stipulations particulières qui ont pu être faites.
241. — Utilité de ces stipulations particulières. — En quoi consiste l'obligation purement légale du tuteur officieux?
242. — Des conflits possibles entre le tuteur officieux et les père et mère relativement à l'éducation de l'enfant.
243. — Comment finit la tutelle officieuse?
244. — En cas de mort du tuteur, qu'arrive-t-il? — De l'adoption testamentaire. — Renvoi.
245. — *Quid*, si le tuteur décède avant la majorité du pupille, sans avoir voulu ou pu l'adopter par testament?
246. — Suite. — *Quid*, si le tuteur officieux avait fait un legs à son pupille?
247. — Résulte-t-il de l'article 367 que les représentants du pupille soient autorisés à transiger alors pour lui, sans recourir aux formes judiciaires?
248. — Du cas où le tuteur a survécu à la majorité du pupille. — Article 369.
249. — Faut-il, sous peine de déchéance de tout droit à une indemnité, que le pupille adresse au tuteur ses réquisitions à fin d'adoption, dans les trois mois qui suivent sa majorité?
250. — L'indemnité est-elle due au pupille dans le cas même où ses revenus seraient suffisants pour pourvoir à sa subsistance?
251. — L'indemnité n'est pas toujours nécessairement due au pupille. Les magistrats doivent apprécier les circonstances.
252. — Suite.
253. — Si, à la majorité du pupille, le tuteur officieux veut l'adopter, il faut remplir non-seulement toutes les formes extrinsèques, mais toutes les conditions intrinsèques requises pour la validité de l'adoption.

229. — Le tuteur officieux contracte deux obligations :

L'une, directe et principale, l'obligation de nourrir le pupille, de l'élever et de le mettre en état de gagner sa vie (art. 364);

L'autre, subsidiaire et accessoire, l'obligation, non pas d'adopter le pupille (la tutelle officieuse lui en donne seulement le moyen et la faculté), mais du moins, s'il ne l'adopte pas, de l'indemniser de l'incapacité où il pourrait être de pourvoir à sa subsistance (art. 369).

230. — A. Le tuteur officieux est d'abord un tuteur; et il paraît juste de lui accorder, en général, les mêmes droits, et de lui imposer les mêmes devoirs qu'au tuteur ordinaire (indépendamment, bien entendu, de ses obligations spéciales).

231. — Cette proposition n'est pas effectivement contestée, lorsque le pupille n'a plus ses père et mère; le tuteur, quoique *officieux*, n'en est pas moins alors son véritable tuteur.

Ainsi :

1° Il a la garde et la direction de la personne du pupille (art. 365, 450);

2° Il a l'administration de ses biens (comp. art. 365, 450); et il doit en rendre compte dans *tous les cas*, soit qu'il n'adopte pas ensuite le pupille, soit qu'il l'adopte (art. 370).

3° Ses immeubles sont grevés d'une hypothèque légale (art. 2121);

4° Il y a lieu à la nomination d'un subrogé tuteur (art. 420);

232. — Mais en est-il ainsi, lorsque le pupille a encore ses père et mère, ou seulement l'un d'eux?

Cette hypothèse a soulevé plus de doutes, et les auteurs sont partagés.

Reprenons donc les quatre conséquences que nous venons à l'instant même de déduire de la tutelle officieuse; et voyons si elles doivent encore ici se produire.

233. — Et d'abord, la garde et le gouvernement de la personne du pupille appartiennent-ils alors au tuteur officieux?

L'affirmative me paraît certaine, soit d'après le texte, soit d'après le motif essentiel de cette tutelle.

Les articles 361, 364 et 365 s'accordent tous à déclarer sans distinction que le tuteur est chargé d'*élever* le pupille, et qu'il a l'*administration de sa personne.*

Et il faut bien, en vérité, qu'il en soit ainsi, puisque la tutelle officieuse a pour but précisément de créer entre le tuteur et le pupille des rapports personnels, des sentiments réciproques d'attachement, et surtout de donner au tuteur le moyen de connaître et d'apprécier le caractère et les dispositions du pupille.

Les père et mère, ou le survivant des deux qui consentent à la tutelle officieuse, consentent donc, par cela même, sous l'autorité de la loi, à ce que la personne de leur enfant soit confiée au tuteur officieux.

234. — Mais ils conservent toutefois la puissance paternelle, dans ce qu'elle a de compatible avec ce droit du tuteur officieux.

Ainsi, l'enfant est toujours tenu de leur demander leur consentement pour son mariage (art. 148);

Et on pense même généralement que le père, ou la mère, si c'est elle qui exerce la puissance paternelle, a encore le droit de correction (art. 375 et suiv.; Proudhon, t. II, p. 231 ; Duranton, t. III, p. 339; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 660; Massé et Vergé, t. I, p. 358; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 534; Demante, t. II, n° 104 *bis*).

Je le crois ainsi moi-même, tout en reconnaissant que lorsque l'enfant a moins de seize ans, et que le père ou la mère a le droit de le faire détenir *par voie d'autorité* (art. 375, 376), il se pourrait qu'un conflit regrettable s'élevât à cette occasion, entre le père et le tuteur officieux. Mais la loi n'a pas enlevé au père le droit de correction; elle s'est confiée à sa raison, à sa tendresse; et enfin, en cas d'abus, il ne serait pas impossible de se pourvoir devant le tribunal pour protéger l'enfant et maintenir le droit du tuteur officieux. C'est ce que nous expliquerons dans le titre de la puissance paternelle.

Lorsque l'enfant a plus de quinze ans, aucun abus

sérieux n'est à craindre, puisque le président du tribunal est libre d'accorder ou de refuser l'ordre d'arrestation (art. 377).

235. — En ce qui concerne l'administration des biens, je pense qu'il faut distinguer :

Le père ou la mère devrait, en général, conserver l'administration des biens dont la jouissance légale lui appartient (art. 234); et j'annonce ainsi suffisamment que le père ou la mère, qui consent à la tutelle officieuse, ne perd pas pour cela *l'usufruit légal* (art. 384). Il faudrait un texte formel pour être autorisé à prononcer contre lui une telle déchéance; or, la loi ne la prononce nulle part.

Mais pour ceux des biens dont ils n'ont pas l'usufruit, l'administration devrait en être remise au tuteur officieux (Duranton, t. III, n° 339; Marcadé, art. 365, n° 3).

Il faut toutefois que je convienne que l'article 365 s'exprime, à cet égard, dans des termes plus absolus :

« Si le pupille a quelque bien, *et s'il était antérieure-*
« *ment en tutelle*, l'administration de ses biens.....
« passera au tuteur officieux. »

De cet article, pris à la lettre, il résulterait :

1° Que si le pupille avait encore ses père et mère, l'administration de ses biens ne passerait pas au tuteur officieux, lors même que son père n'en aurait pas la jouissance; car alors le pupille n'est pas en tutelle (comp. art. 389, 390);

2° Que si le pupille avait perdu l'un ou l'autre de ses père et mère, l'administration de ses biens passerait au tuteur officieux, lors même que le survivant en aurait la jouissance légale; car alors le pupille serait en tutelle.

Mais cette distinction serait très-illogique et véritablement inexplicable. Aussi me paraît-il probable,

comme à MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, « qu'elle n'était pas présente à l'esprit du législateur, lorsqu'il a rédigé l'article 365. » (T. I, n° 533.)

Les savants professeurs en concluent, en termes un peu trop généraux peut-être, que « l'administration des biens, soit qu'elle appartienne à un tuteur proprement dit, soit qu'elle appartienne au père comme administrateur des biens de ses enfants, est transmise, par la loi, au tuteur officieux. »

On vient de voir pourquoi je pense qu'une distinction est, à cet égard, nécessaire; tout au moins faut-il reconnaître que les père et mère doivent conserver la possession de ces biens dont ils ont la jouissance légale, sauf au tuteur officieux à les administrer quant à la propriété et à représenter le mineur dans tous les actes de propriétaire (comp. Demante, t. II, n° 104 *bis*).

236. — La plupart des auteurs reconnaissent aussi que les immeubles du tuteur officieux sont soumis à l'hypothèque légale, lors même que le pupille a encore ses père et mère (art. 2121).

Il est vrai que le père, lui, n'étant pas encore tuteur, mais seulement administrateur (art. 389), n'était pas grevé de cette hypothèque, ainsi que nous le démontrerons plus tard.

Mais le tuteur officieux est tuteur; or, tout tuteur est grevé de l'hypothèque légale (art. 2121; Duranton, t. III, n° 341; et t. XIX, n° 310; Persil, *du Rég. hypoth.*, art. 2121, n° 37; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 660; D., *Rec. alph.*, v° *Adoption*, n° 236; Magnin, *des Minorités*, n° 552; Troplong, *des Priv. et Hypoth.*, t. II, n°s 421 et 425; Valette, *des Priv. et Hypoth.*, n° 142, III, et *Explicat. somm. du liv. II du Cod. Napol.*, p. 207).

Cette doctrine toutefois a été combattue par M. Pont, qui ne voit dans la tutelle officieuse qu'une conven-

tion volontaire, dans laquelle les représentants du mineur peuvent bien stipuler une hypothèque conventionnelle, mais à laquelle la loi n'a pas attaché de plein droit d'hypothèque (*des Priv. et Hypoth.*, art. 2121, n° 496).

Mais ce motif ne nous a pas convaincu; et nous persistons à penser que le législateur, appelant lui-même ce pouvoir du nom de tutelle, a entendu y attacher les mêmes garanties qu'à toute tutelle dans l'intérêt du mineur. Est-ce que, en effet, ce n'est pas là véritablement une tutelle à laquelle il faudra appliquer aussi la plupart des autres règles de la tutelle ordinaire!

237. — Enfin y a-t-il lieu de nommer un subrogé tuteur, lorsque le pupille a encore ses père et mère, ou seulement l'un d'eux?

Pour soutenir la négative, on peut raisonner ainsi :

Aucun texte n'exige, ou plutôt même n'autorise la nomination d'un subrogé tuteur à côté du tuteur officieux; et il est d'autant moins possible d'ajouter ici à la loi, que cette surveillance pourrait être blessante pour le tuteur, qu'elle serait même de nature à éloigner les personnes bienfaisantes de cette espèce de tutelle toute spéciale, et qu'enfin elle est véritablement inutile, surtout lorsque le pupille a encore son père et sa mère (Duranton, t. III, n°s 340 et 517; Marcadé, t. II, art. 370; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 358).

Ces raisons, quoique fort graves, ne me semblent pourtant pas décisives.

Et d'abord il n'y a non plus aucun texte, dans notre titre, qui soumette les immeubles du tuteur officieux à l'hypothèque légale;

Or, presque tous les auteurs n'en reconnaissent pas moins qu'ils en sont grevés (*supra*, n° 236; Duranton, t. III, n° 341);

Donc, ce silence de la loi, dans notre titre, n'est pas un argument.

Et pourquoi décide-t-on que le tuteur officieux est grevé de l'hypothèque légale? parce qu'après tout, *il est un tuteur;* or, dans toute tutelle aussi, il doit être nommé un subrogé tuteur (art. 420). Et je ne vois pas comment, après avoir reconnu l'existence de l'hypothèque légale, on peut logiquement soutenir qu'il n'y a pas lieu de nommer un subrogé tuteur.

Je conviens que la nécessité de cette nomination peut n'être pas très-évidente, lorsque le pupille a encore ses père et mère. Mais la loi ne distingue pas; et après tout, un subrogé tuteur ne sera pas inutile, principalement si le tuteur officieux n'est point un parent de l'enfant (Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 660; Magnin, *Traité des Minorités*, n° 552).

238. — B. L'effet spécial de la tutelle officieuse, considérée comme telle, consiste en ce que le tuteur est tenu de nourrir à ses frais le pupille et de le mettre gratuitement en état de gagner sa vie (art. 364).

Lors même donc que le pupille aurait des biens, le tuteur ne pourrait pas imputer sur ses revenus les dépenses de l'éducation (art. 365).

239. — *Les dépenses de l'éducation*, dit notre article;

Donc le tuteur officieux pourrait imputer sur les revenus du pupille les dépenses, les frais d'administration de ses biens, suivant la règle générale (art. 454, 455).

240. — D'ailleurs, comme il s'agit ici d'un contrat de bienfaisance, la loi autorise *les stipulations particulières*, par lesquelles les parties auraient, dans le contrat passé devant le juge de paix, réglé, d'une manière plus spéciale et plus étendue, les effets de la tutelle officieuse.

Ces stipulations peuvent avoir un double objet :

1° De déterminer la manière dont le pupille sera élevé, le genre d'éducation et d'instruction qu'il recevra, etc. (art. 364) ;

2° De fixer d'avance le mode et le montant de l'indemnité qui pourra être due au pupille, pour le cas où le tuteur, ne l'ayant pas adopté, n'aurait pas non plus rempli envers lui l'obligation de le mettre en état de gagner sa vie, ou plus généralement de l'élever suivant les stipulations particulières qui auraient été arrêtées (art. 367, 369).

241. — Ces sortes de stipulations sont fort utiles; et la prévoyance commande aux représentants du pupille d'y recourir toujours, lorsque du moins le tuteur officieux ne s'y refuse pas absolument.

Car il ne faut pas oublier en quoi consiste uniquement l'obligation légale de ce tuteur; c'est de nourrir le pupille, et *de le mettre en état de gagner sa vie....* (art. 364), de lui fournir *les moyens de subsister....* (art. 367), les moyens *de pourvoir à sa subsistance....* (art. 369), *de lui procurer un métier....* (art. 369).

Les textes sont, comme on le voit, unanimes pour bien définir et préciser cette obligation : le tuteur officieux ne doit pas à son pupille une éducation *libérale;* il ne doit légalement que lui faire apprendre un *métier, un art mécanique* (art. 762), afin de le mettre en état de *gagner* sa vie et de *subsister.*

Il est donc utile, lorsqu'il s'agit d'un pupille ayant quelque bien, et appartenant à une famille aisée, lorsqu'il s'agit d'un tuteur officieux qui peut lui-même faire des sacrifices pour l'éducation du pupille, il est utile de préciser, à cet égard, ses obligations.

242. — On peut d'ailleurs espérer de prévenir ainsi les conflits, les tiraillements qui peuvent s'élever, pendant le cours de la tutelle, entre le tuteur

officieux et les père et mère, relativement à l'éducation et à la direction de l'enfant.

M. Augier accorde, dans tous les cas, aux père et mère et en général aux représentants du pupille un droit de regard et d'observation, qu'il me paraît difficile de leur refuser (*Encyclop. des juges de paix*, v° *Tut. off.*, n° 6).

Les tribunaux prononceraient alors entre les uns et les autres *pour le plus grand avantage de l'enfant* (arg. des articles 267, 302 et 303).

243. — La tutelle officieuse finit en général par les mêmes causes que la tutelle ordinaire (*voy.* entre autres, les art. 443, 444).

Elle finit particulièrement par la mort du tuteur, et par la majorité du pupille.

244. — En cas de mort du tuteur, de deux choses l'une :

Ou l'adoption testamentaire a eu lieu ; et alors nous savons ce qui arrive (art. 366 ; *supra*, n°s 71 et suiv.);

245. — Ou le tuteur est décédé, sans avoir pu ou voulu conférer à son pupille l'adoption testamentaire; et dans ce cas encore, il faut distinguer :

Si le pupille n'a pas encore atteint sa majorité, l'article 367 dispose « qu'il lui sera fourni, durant sa mi-« norité, des moyens de subsister, dont la quotité et « l'espèce, s'il n'y a été antérieurement pourvu par « une convention formelle, seront réglées, soit amia-« blement entre les représentants respectifs du tuteur « et du pupille, soit judiciairement en cas de contes-« tation. »

Rien de plus conforme aux principes.

L'obligation contractée par le tuteur officieux de nourrir et d'élever le pupille jusqu'à sa majorité, est alors transmise, comme toutes ses autres obligations, à ses héritiers ou autres successeurs universels

(art. 724, 1009, etc.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 661).

246. — Il a même été décidé que le legs fait au pupille par le tuteur officieux n'éteignait pas cette obligation dans la personne des héritiers, d'après la disposition de l'article 1023 qui porte que le legs fait au créancier, n'est pas censé fait en compensation de sa créance (Nancy, 4 août 1829, Harmand, Sirey, 1829, II, 287).

Mais on comprend que c'est là une question de fait et d'interprétation de volonté, qui dépend des circonstances, de l'importance plus ou moins considérable du legs, de la fortune du tuteur et de celle du pupille, de l'âge et de l'éducation de celui-ci, etc.

Et voilà bien en effet ce qu'a dit la Cour de Cassation en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Nancy :

« Attendu que la Cour s'est déterminée par une appréciation, qui n'est contraire à aucune loi. » (Cass., 24 août 1831, Humbert, Dev., 1831, I, 321.)

247. — Résulte-t-il de l'article 367 que les représentants du pupille (*voy.* l'article 361) seront autorisés à *transiger* alors pour lui sans recourir aux formes judiciaires ? (Art. 467.)

Tel est le sentiment de M. Ducaurroy, qui ajoute que c'est le seul cas où, transigeant pour le mineur, ses représentants puissent le faire *amiablement* (t. I, art. 367, n° 536).

Je crois, en ce qui me concerne, qu'il est très-douteux que l'article 367 ait voulu créer une telle exception.

La convention par laquelle les réprésentants du pupille règlent, d'accord avec les héritiers du tuteur, la quotité et l'espèce des secours qui seront fournis au pupille, cette convention n'est pas, en effet, une

transaction proprement dite, dans le sens juridique de ce mot. C'est un simple règlement, c'est un contrat ordinaire qui a pu ne point paraître excéder les pouvoirs des représentants du pupille. Est-ce que le tuteur en effet ne peut pas seul consentir les baux des biens du mineur, et par conséquent déterminer le montant des loyers et fermages? On a donc bien pu lui laisser aussi le pouvoir de déterminer le montant de ce secours alimentaire.

Mais si on suppose qu'une difficulté s'élève, si par exemple la stipulation particulière qui aurait eu lieu dans le contrat passé devant le juge de paix, est équivoque, à ce point que les représentants du pupille soutiennent qu'une somme de vingt mille francs a été promise, tandis que les héritiers prétendent qu'aucune promesse n'a été faite, je ne vois pas pourquoi les représentants du pupille pourraient sacrifier irrévocablement ses droits par une transaction, sans recourir aux garanties ordinaires. Car il s'agit alors d'une véritable transaction; il ne s'agit pas d'un simple *règlement* de l'indemnité. *Tout* ou *rien*, tels sont les termes de la question qui s'élève sur ces vingt mille francs. Eh bien! pour se contenter de moitié ou des trois quarts, quand peut-être le tout appartenait au pupille, je pense que les représentants devraient alors observer les formalités judiciaires (art. 467, 2045). Je ne vois pas pourquoi le Code Napoléon aurait fait, pour ce cas unique, une telle exception.

248. — Le tuteur a survécu à la majorité du pupille.

L'article 369, qui règle cette hypothèse, est ainsi conçu :

« Si dans les trois mois qui suivront la majorité du pupille, les réquisitions par lui faites à son tuteur offi-

cieux sont restées sans effet, et que le pupille ne se trouve point en état de gagner sa vie, le tuteur officieux pourra être condamné à indemniser le pupille de l'incapacité où celui-ci pourrait se trouver de pourvoir à sa subsistance.

« Cette indemnité se résoudra en secours propres à lui procurer un métier; le tout, sans préjudice des stipulations qui auraient pu avoir lieu dans la prévoyance de ce cas. »

Cet article soulève tout d'abord deux questions :

1° Faut-il, sous peine de déchéance de tout droit à une indemnité, que le pupille, devenu majeur, adresse au tuteur ses réquisitions à fin d'adoption, dans les trois mois qui suivent sa majorité?

2° L'indemnité est-elle due au pupille dans le cas même où ses revenus seraient suffisants pour pourvoir à sa subsistance?

249. — Sur la première question, beaucoup d'auteurs enseignent que le délai de trois mois n'est pas fatal :

Tout ce qui résulte, dit-on, de l'article 369, c'est que le tuteur ne pourra pas être condamné au payement d'une indemnité avant l'expiration du délai de trois mois. Ce délai lui est accordé pour qu'il puisse délibérer sur la convenance de l'adoption; mais rien n'annonce que le pupille lui-même doive agir dans le délai de trois mois, afin d'être *adopté* ou *indemnisé*. Autrement, le pupille qui, par ménagement pour son tuteur, aurait attendu la manifestation spontanée de ses dispositions, serait traité plus défavorablement que le pupille impatient et irrespectueux qui l'aurait immédiatement provoquée! Il faut donc conclure que l'action en indemnité du pupille dure trente ans, suivant le droit commun (art. 2262; Valette sur Proudhon, t. I, p. 232, note *a;* Marcadé, t. II, art. 369, n° 1;

Duvergier sur Toullier, t. II, n° 1035, note *a;* D., *Rec. alph.*, v° *Adoption*, n° 251).

Demante enseigne également qu'il n'y a rien dans les termes de la loi, qui constitue une déchéance, et il conclut ainsi : « J'accorde à l'action du pupille non pas peut-être la durée de trente ans, mais parce que cette action, fondée sur ce que le tuteur n'a pas rempli ses obligations, est relative aux faits de la tutelle, la durée de dix ans fixée par l'article 475. » (T. II, n° 108 *bis*, IV.)

Cette conclusion ne serait pas la mienne ; et je crois, au contraire, que le pupille doit interpeller son tuteur dans les trois mois qui suivent sa majorité.

Je conviens que cette interpellation, une fois faite dans ce délai, son action en indemnité n'est prescriptible que suivant le droit commun ; mais c'est sous la condition, je le répète, qu'il aura lui-même manifesté son intention dans le délai de trois mois.

La preuve m'en paraît résulter du texte même et des discussions préparatoires.

L'article 369, en effet, ne dit pas seulement que le tuteur ne pourra pas être condamné avant l'expiration des trois mois; il suppose, en outre, très-virtuellement que le pupille lui-même devra l'interpeller dans ce délai :

« Si, *dans les trois mois* qui suivront la majorité du « pupille, les réquisitions *par lui faites....* »

Ce n'est pas là une faculté qu'on lui accorde; c'est une condition qui lui est imposée.

Et si la rédaction est un peu équivoque, les discussions préparatoires vont pleinement l'éclaircir. Voici, à cet égard, comment Cambacérès s'exprimait dans la séance du 18 frimaire an XI :

« On a pensé qu'alors il était dû à cet enfant non un état, mais un métier, et que si les parties ne s'accordent pas sur ce point, les tribunaux deviendraient arbitres

de l'indemnité. *Il faut, au surplus, que l'action résultant de cette obligation se prescrive par un laps de temps fort court.* »

Et l'article 369 fut alors rédigé tel qu'il est, évidemment pour exprimer cette pensée que l'incertitude ne devait pas se prolonger plus longtemps sur les intentions du pupille que sur celles du tuteur, et que chacune des parties devait avoir à se prononcer dans un bref délai. Le silence du pupille, pendant les trois mois, fait donc présumer qu'il renonce à l'adoption. Et, dans ce cas, il ne lui est dû évidemment aucune indemnité (Proudhon, t. I, p. 232; Toullier, t. II, n°s 1032, 1035; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 661; Massé et Vergé, t. I, p. 359; Taulier, t. I, p. 469).

250. — Notre seconde question est celle de savoir si le tuteur qui refuse d'adopter le pupille devenu majeur, lui doit une indemnité, lorsqu'il ne l'a pas mis en état de gagner sa vie par son travail personnel, dans le cas même où le pupille a des revenus suffisants pour le faire vivre?

Oui, a-t-on dit : le tuteur officieux a contracté l'obligation de mettre lui-même et à ses frais le pupille en état de gagner sa vie (art. 364); or, cette obligation est indépendante du point de savoir si le pupille a ou n'a pas des revenus personnels; donc, il lui doit des dommages-intérêts, s'il n'a pas rempli son obligation (Malleville, sur l'article 369; Zachariæ, t. IV, p. 32).

Non, a-t-on répondu : car l'indemnité n'est pas due par le tuteur au pupille à cause du refus d'adoption; le tuteur n'a pas contracté l'obligation d'adopter le pupille; il en a seulement tout au plus annoncé l'intention, mais une intention nullement obligatoire; l'indemnité n'a donc pour cause que l'engagement pris par le tuteur de mettre le pupille en état de gagner sa vie, et dès lors elle ne peut appartenir à celui-ci que

s'il est en effet hors d'état de gagner sa vie, et *d'ailleurs sans moyen d'existence* (Demante, *Programme*, t. I, n° 359, et *Cours analyt.*, t. II, n° 108; Delvincourt, t. I, p. 101, note 7).

Ce dernier avis me paraît généralement préférable; et nos savants collègues, MM. Aubry et Rau, qui professaient d'abord le sentiment contraire, viennent en effet de se rallier à celui-ci (dans leur troisième édition, t. IV, p. 662; ajout. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 359).

Je remarque toutefois qu'il convient, sur cette question, de ne rien dire de trop absolu.

La tutelle est finie, et, sous ce rapport, le tuteur ne doit plus nourrir à ses frais le pupille.

Mais le tuteur a-t-il convenablement satisfait à son obligation de l'élever? Voilà la question actuelle. Eh bien! je dis que cette question-là dépend beaucoup des faits, de la position des parties, de leur fortune, etc. Si le pupille n'a que très-peu de biens, si ses revenus lui suffisent à peine, et que le tuteur ne lui ait fait apprendre aucun état, le tuteur pourra être condamné à une indemnité.

Mais serait-il raisonnable de condamner aussi le tuteur qui aurait donné une éducation libérale au pupille riche de revenus importants et qui néanmoins n'aurait pas d'*état* proprement dit? Vous lui demandez une indemnité... Mais savez-vous la seule indemnité qu'il vous doive? c'est un *secours propre à vous procurer un métier* (art. 369). A-t-il donc eu tort, dans votre position, de ne pas vous faire menuisier ou charron?

251. — L'indemnité d'ailleurs n'est pas toujours et nécessairement due.

« Le tuteur *pourra* être condamné, » dit l'article 369.

C'est qu'en effet il serait très-injuste de condamner le tuteur, si c'était le pupille lui-même qui, par incapacité ou paresse, n'aurait pas pu ou su profiter des soins et des sacrifices du tuteur. Les magistrats apprécieront.

252. — Mais pourtant peu importe que le refus d'adoption soit volontaire de la part du tuteur, ou qu'il provienne d'un empêchement étranger, comme, par exemple, si c'est son conjoint qui ne veut pas y consentir (Locré, *Législ. civ.*, t. VI, p. 593), ou s'il a maintenant un enfant légitime (*voy.* toutefois Riffé, p. 104).

L'indemnité n'en sera pas moins due, sous la condition toujours, bien entendu, qu'aucune faute personnelle ne sera imputable au pupille (comp. Proudhon, t. II, p. 33; Toullier, t. I, n° 1034; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 359; Aubry et Rau, t. IV, p. 661; Demante, t. II, n° 108 *bis*, I).

253. — « Si, à la majorité du pupille, son tuteur « officieux veut l'adopter, il sera procédé à l'adoption « selon les formes prescrites au chapitre précédent; « et les effets en seront, en tous points, les mêmes. » (Art. 368.)

Quoique cet article se borne à dire que l'adoption aura lieu *suivant les formes* prescrites au chapitre précédent, n'hésitons pas à reconnaître que toutes les conditions intrinsèques requises soit dans la personne de l'adoptant, soit dans la personne de l'adopté, devront aussi être observées.

Il ne faut pas même excepter, comme l'a fait M. Grenier (n° 33), le consentement du conjoint du tuteur officieux. De ce que ce conjoint a consenti d'abord à la tutelle officieuse (art. 361), il ne s'ensuit pas qu'il ait consenti à l'adoption (*supra*, n° 252).

La tutelle officieuse n'est pas l'adoption; elle n'en

est que le moyen préparatoire, et nulle part la loi n'a dit qu'elle emporterait la dispense des conditions nécessaires pour adopter ou être adopté;

Or, c'est une adoption qu'il s'agit maintenant de faire;

Donc, il faut se conformer à toutes les conditions requises par la loi pour que l'adoption soit possible (comp. Demante, t. II, n° 107 *bis;* Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra;* Massé et Vergé, *loc. supra*).

TITRE NEUVIÈME.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

EXPOSITION GÉNÉRALE. — HISTORIQUE. — DIVISION.

SOMMAIRE.

254. — Objet de ce titre.
255. — Définition de la puissance paternelle. — La puissance paternelle dérive du droit naturel. — Réflexion sur cette origine.
256. — De la puissance paternelle chez les Romains. — De ses effets sur la personne et sur les biens de l'enfant.
257. — Suite.
258. — De la puissance paternelle dans l'ancien droit français.
259. — A. De la puissance paternelle dans les provinces régies par le droit écrit.
260. — B. De la puissance paternelle dans les provinces régies par le droit coutumier.
261. — Suite.
262. — Suite. — Du droit de garde noble ou bourgeoise. — Renvoi.
263. — De la puissance paternelle en France, sous l'empire de la législation intermédiaire.
264. — De la puissance paternelle sous l'empire du Code Napoléon.— Considérations générales.
265. — Le mot *autorité* a été substitué, dans certains articles du Code Napoléon, au mot *puissance* paternelle. — Pourquoi ?
266. — La puissance paternelle a-t-elle été établie dans l'intérêt des père et mère ou dans l'intérêt des enfants ?
267. — Division générale.

254. — Nous avançons dans l'œuvre fondamentale qui forme l'objet du livre Ier de notre Code : l'organisation de l'ordre social, la constitution de la société civile française.

Voici un titre qui va régler les rapports de paternité et de filiation, dont nous venons de poser les conditions (*voy.* notre *Traité de la Paternité et de la filiation*), et qui instituera, à côté de la puissance maritale, une

nouvelle magistrature domestique, pour compléter le gouvernement de la famille.

255. — M. Réal a défini la puissance paternelle, telle que le Code Napoléon l'établit :

« Un droit fondé sur la nature et confirmé par la loi, qui donne au père et à la mère pendant un temps limité et sous certaines conditions, la surveillance de la personne, l'administration et la jouissance des biens de leurs enfants. » (Exposé des motifs.)

Que la puissance paternelle soit *fondée sur la nature*, cela n'est certes point contestable. C'est Dieu lui-même, qui en confiant aux père et mère le soin de l'éducation de leurs enfants, a placé les enfants sous l'autorité de leurs père et mère, et qui a mis dans le cœur des uns et des autres, ces sentiments de protection et d'obéissance sur lesquels elle repose. La puissance paternelle dérive donc, sans aucun doute, du *droit naturel;* et dans l'interprétation de la loi positive, il faudra tenir grand compte de cette origine.

Mais il n'en est pas moins vrai que la puissance paternelle doit être considérée surtout par les jurisconsultes, par les *civilistes*, comme une institution de droit positif, par laquelle le législateur a déterminé les rapports juridiquement obligatoires des père et mère envers leurs enfants.

Je ne reconnais donc pas plus, sur ce sujet que sur aucun autre, la distinction ou plutôt l'antagonisme, qu'on veut toujours susciter, sous l'empire même de notre Code Napoléon, entre le *droit naturel* et le *droit positif* (*voy.* notre *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, etc., n°s 8-12; et notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n° 3).

Sur ce sujet, comme partout, le législateur humain a eu précisément pour tâche d'imprimer la sanction

de la puissance publique à celles des règles du *droit naturel* qui lui en ont paru susceptibles, eu égard à l'état des mœurs, des habitudes, et de la civilisation du pays.

Et voilà comment la puissance paternelle a reçu même plus qu'aucune autre institution peut-être, l'empreinte de la nationalité et du génie individuel des différents peuples (*voy.* notre *Traité* précité *de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, etc., n° 12)[1].

256. — C'est ainsi qu'à Rome, la puissance paternelle était une institution toute civile, ou plutôt même toute politique, exclusivement propre aux seuls citoyens romains, et à laquelle il n'y avait rien de comparable chez aucune autre nation.

« Nulli alii sunt homines, qui talem in liberos ha-
« beant potestatem, qualem nos habemus... » (Inst. *de patria Potest.*, § 2.)

[1] Dans un article publié par le *Journal des Débats* (du 10 novembre 1847), M. Hello, conseiller à la Cour de Cassation, m'a reproché non pas de nier le droit naturel, mais d'être trop discret sur cette grande thèse, et de *m'en débarrasser par une prétérition.*

Ce reproche m'a touché, parce que j'ai surtout à cœur d'aborder en face toutes les questions. Il doit m'arriver sans doute de me tromper plus d'une fois dans les solutions que je donne aux difficultés sans nombre qui se pressent devant moi dans le vaste champ où je suis engagé. Mais je considère comme un devoir de n'en omettre sciemment aucune.

En ce qui concerne le *droit naturel*, je l'ai donc reconnu très-nettement (à Dieu ne plaise que jamais je le méconnaisse!); mais j'ai déclaré, je crois, avec autant de netteté, cette autre proposition, savoir: que les lois écrites ne sont chez les différents peuples, et surtout chez nous, que le droit naturel lui-même, appliqué, approprié par le législateur aux besoins et aux mœurs du pays. Je suis convaincu qu'il est illogique et dangereux, en droit civil aussi bien qu'en politique, de proclamer dans le domaine positif de l'application et de la pratique, de proclamer, dis-je, des droits antérieurs et supérieurs aux droits consacrés par les lois écrites de l'État; et voilà pourquoi je ne cesse de m'élever contre cette distinction métaphysique, contre ce périlleux antagonisme que je trouve dans tous les livres, entre le *droit naturel* et le *droit positif*.

J'espère que M. Hello me pardonnera cette remarque; je suis heureux d'ailleurs de saisir ici l'occasion d'exprimer à cet éminent magistrat la vive reconnaissance que m'a inspirée son appréciation si bienveillante de mes travaux.

Véritable *puissance* en effet, instituée, avant tout, dans l'intérêt du père de famille à l'exclusion de la mère, et qui lui conférait sur tous ses descendants par mâles, un droit de *propriété*, dont les effets n'étaient pas moins absolus sur la personne que sur les biens.

Sur la personne de ses enfants et descendants, le père de famille conservait indéfiniment sa puissance, quel que fût leur âge, alors même qu'ils étaient mariés, à moins qu'il ne les eût émancipés ou donnés en adoption. Il avait sur eux le droit de disposition ; dans l'origine même, le droit de vie et de mort ; le droit de vente (comp. L. 11, ff. *de Lib. et Posth.* ; LL. 1 et 2, Cod., *de patria Potest.* ; L. 2, Cod. *de Patribus qui filios suos distraxerunt*).

Quant aux biens, la règle était, dans les premiers temps, que tout ce que le fils de famille acquérait, était acquis au père ; conséquence logique de cette puissance, de ce *domaine*, qui appartenait au père sur ses enfants. « Quidquid ex re mea venit, meum est. »

257. — Telle était, dans le principe, la puissance paternelle de Rome, espèce de despotisme qui portait l'empreinte de sa sauvage origine.

Plus tard les progrès des mœurs et de la civilisation l'adoucissent. Le pouvoir sur la personne des enfants redevient plus humain : « Patria potestas in pietate « debet, non in atrocitate consistere... » (L. 5, ff. *de Lege Pompeia de parricidiis.*)

Et, en ce qui concerne les biens, la rigueur du droit primitif est corrigée par l'introduction successive des diverses espèces de pécules : *castrense, quasi castrense, profectice* et *adventice* (comp. L. 1, ff. *de Test. milit.* ; L. 4 et 11, ff. *de castrensi Pecul.* ; L. 14, Cod. *de Advocatis.* ; Inst. *per quas person. nobis acq.*, § 1 ; L. 6, Cod. *de Bonis quæ liberis*)

258. — Notre ancienne jurisprudence offrait sur ce sujet beaucoup de diversités et d'incertitudes.

Il faut distinguer, ici comme partout, les pays de droit écrit d'avec les pays coutumiers.

259. — A. Les provinces régies par le droit écrit, observaient la législation romaine dans son dernier état, c'est-à-dire, la législation du Bas-Empire, modifiée elle-même par un grand nombre d'usages locaux.

En conséquence, la puissance paternelle attribuée au père seul et refusée à la mère, durait en principe, pendant toute la vie de l'enfant, qui restait toujours, quel que fût son âge, *fils de famille*, tant qu'il n'avait pas été émancipé.

Mais, en même temps, on admettait, outre l'émancipation expresse, une émancipation tacite, qui résultait :

1° Du mariage de l'enfant, avec le consentement de son père ;

2° De la nomination de l'enfant, avec le consentement du père, à certaines fonctions publiques ;

3° Enfin dans quelque pays encore, de cette circonstance que le fils demeurait hors de la maison de son père et *avait tenu un ménage à part, tenu feu et lieu de son chef*, ici pendant dix ans, là seulement pendant *l'an et jour* (*Ancien Denizart*, t. IV, v° *Puissance paternelle*, n°s 3-6; Loysel, *Inst. cout.*, t. I, règle 56, édit. Dupin et Laboulaye ; Merlin, *Rép. de jurisp.*, t. X, v° *Puiss. patern.*, sect. I, n° 4).

A l'égard des biens appartenant aux enfants, le père n'en était, en général, même dans la plupart des pays de droit écrit, considéré que comme usufruitier ; et encore exceptait-on aussi les biens que le fils avait pu acquérir à la guerre, au barreau ou dans la profession religieuse ; ces derniers biens formaient pour lui, *un*

pécule, castrense ou quasi-castrense, dont il avait la propriété et la libre disposition.

260. — B. Ce droit de puissance paternelle, tel que nous venons de l'esquisser à grands traits, fut dans les premiers temps, celui de toute la France ; et il était observé non-seulement dans le pays de droit écrit, mais encore dans les pays coutumiers. Plusieurs provinces coutumières n'ont même jamais cessé de le suivre (Bretonnier, *Quest. de dr.*, t. II, v° *Puiss. patern.*, p. 117, 118; Eusèbe de Laurière, *Sur la coutume de Paris,* tit. xv, art. 316; Bouteillier, *Somme rurale*, liv. I, tit. c).

Mais pourtant sur ce sujet comme sur beaucoup d'autres, le droit coutumier avait fini par prévaloir dans un grand nombre de provinces ; et c'était, dit Bretonnier, *une maxime triviale que la puissance paternelle n'a pas lieu dans les pays coutumiers* (*loc. sup. cit.*). Loysel l'a formulée, en effet, dans ces termes mêmes : *Droit de puissance paternelle n'a lieu* (*Inst. cout.*, t. I, règle 55, édit. Dupin et Laboulaye).

Cette maxime ne voulait pas dire, bien entendu, que, dans les pays de coutume, les père et mère n'avaient aucune autorité sur leurs enfants ! On exprimait seulement ainsi que la puissance paternelle des pays de droit écrit, cette puissance, dont l'idée fondamentale était toute romaine, n'y était pas observée.

La puissance paternelle existait d'ailleurs aussi dans les pays de coutume, mais avec des caractères et des effets très-différents de la puissance paternelle des pays de droit écrit.

Fondée principalement sur l'intérêt des enfants eux-mêmes, la puissance paternelle des pays de coutume était pour les parents une conséquence et un moyen d'accomplissement de l'obligation qui leur était imposée d'élever leurs enfants.

D'où il suivait :

1° Qu'elle appartenait à la mère aussi bien qu'au père, en remarquant toutefois que la mère ne pouvait l'exercer qu'à défaut du père ;

2° Qu'elle finissait lorsque les enfants n'avaient plus besoin d'être surveillés et dirigés, c'est-à-dire par la majorité (à vingt-cinq ans), par leur mariage même avant vingt-cinq ans, et par l'émancipation (Pothier, *Traité des Personnes*, part. I, tit. VI, sect. II).

261. — Quant aux effets de la puissance paternelle des pays coutumiers sur la personne et sur les biens des enfants, ils étaient peu considérables.

« La puissance paternelle n'est que superficiaire en France, disait Guy-Coquille ; et par nos coutumes en ont été seulement retenues quelques petites marques avec peu d'effet. » (*Inst. au droit franç. de l'état des personnes.*)

Denizart nous apprend que les père et mère n'avaient guère plus de pouvoir sur leurs enfants que les tuteurs sur leurs pupilles (tit. VI, v° *Puiss. paternelle*, n° 1 ; ajout. Pothier, *Introduction au titre* IX *de la Coutume d'Orléans*, n° 1.

C'est ainsi qu'ils gouvernaient leurs personnes et qu'ils administraient leurs biens, à la charge de rendre compte des revenus ; car ils n'en avaient pas, du moins en général, l'usufruit (Bourjon, *Droit commun de la France*, liv. I, tit. V, chap. I, sect. I ; Pothier, *Cout. d'Orléans*, tit. IX, art. CLXXVIII).

262. — Toutefois, le survivant des père et mère avait dans presque toutes les coutumes, en vertu de la *garde noble*, et dans quelques coutumes seulement, en vertu de la *garde bourgeoise*, la jouissance des biens, que l'enfant recueillait dans la succession du prémourant.

Ce droit de *garde*, noble ou bourgeoise, avait fini même par prendre, dans certains pays, beaucoup plus

d'extension ; et il formait l'une des branches les plus importantes de l'ancien droit coutumier.

Il sera plus à propos d'en retracer l'origine et le caractère, lorsque nous nous occuperons de l'usufruit que le Code Napoléon accorde au père et à la mère sur les biens de leurs enfants.

263. — Tel était le droit de la France en cette matière, lorsque la révolution de 1789 éclata.

La législation intermédiaire n'aurait fait que remplir sa plus légitime mission, si elle s'était bornée à corriger ce que la puissance paternelle des pays de droit écrit avait d'excessif, de contraire à la liberté du commerce et de l'industrie et même aussi à la liberté individuelle. Le décret du 28 août 1792, qui déclare que « les majeurs ne seront plus soumis à la puissance paternelle, » réalisait donc, à certains égards, une juste réforme (ajout. le décret du 31 janv. 1793).

Mais c'était dépasser toute mesure que d'énerver de plus en plus les liens déjà si relâchés de l'autorité des père et mère sur leurs enfants jusque dans les pays de coutumes (*voy.* le décret du 16 août 1790, art. 15, 17 et notre tome III, n° 59, p. 88).

264. — C'est l'honneur des auteurs du Code Napoléon d'avoir les premiers fondé sur ses véritables bases la puissance paternelle, et de lui avoir restitué son caractère naturel, son caractère de bienfaisante protection, en évitant le double écueil d'une excessive sévérité et d'une trop grande faiblesse.

Je sais bien qu'on les a pourtant aussi accusés d'avoir donné trop peu d'étendue et d'énergie à la puissance paternelle; d'avoir, par exemple, témoigné une défiance blessante contre les père et mère dans les dispositions qui assurent à l'enfant une réserve (art. 913, 1094, 1098), et qui mettent fin à l'usufruit légal avant la majorité (art. 384, 386; voy. *Revue de*

droit français et étranger, 1848, t. V, p. 405 et suiv., article de M. Blanchet; *Revue de Législation*, 1852, t. II, p. 233 et suiv., article de M. Oscar de Vallée).

Nous expliquerons bientôt les motifs très-sérieux et, selon nous, très-légitimes de ces dispositions spéciales; et quant à l'organisation générale de la puissance paternelle, telle que le Code Napoléon l'a faite, nous reconnaîtrons bientôt qu'elle est, en effet, conforme à la nature et à la raison, conforme surtout à notre civilisation actuelle, aux mœurs de notre société, aux habitudes communes des familles.

Si des germes funestes d'insubordination et de révolte se révèlent, hélas! trop souvent, au sein du foyer domestique et dans les plus jeunes cœurs, la faute n'en est pas aux lois civiles; elle en est parfois aux parents eux-mêmes, qui oublient leurs premiers devoirs envers leurs enfants; et on la trouverait sans aucun doute aussi dans cet affaiblissement général du principe même de toute autorité, si profondément ébranlé par tant de bouleversements, et qui rend de nos jours un gouvernement, quel qu'il soit, public ou privé, si difficile.

Mais je n'en crois pas moins fermement que notre Code donne au père et à la mère une autorité suffisante pour remplir leur mission, s'ils en comprennent bien eux-mêmes toute la sainteté et l'importance.

265. — L'idée romaine était si profondément empreinte dans ces mots de *puissance paternelle*, que les auteurs du Code Napoléon, qui ne voulaient pas, bien entendu, nous rendre la *patria potestas* des Romains, crurent aussi devoir, à l'exemple de nos anciennes coutumes, en éviter l'emploi (Locré, *Législ. civ.*, t. VII, p. 21-23).

Le mot *autorité* (art. 372) fut donc substitué dans les articles à celui de puissance paternelle, qui est

toutefois resté, par inadvertance peut-être, dans la rubrique de notre titre, et qui a d'ailleurs été conservé toujours dans la doctrine et dans la pratique.

266. — On demande quelquefois si la puissance paternelle a été établie par nos lois nouvelles dans l'intérêt du père, comme sous le droit romain, ou bien dans l'intérêt des enfants, comme sous nos coutumes.

Je réponds que la puissance paternelle a été créée dans l'intérêt de tous :

Des enfants ;

Des père et mère ;

De l'État lui-même.

Dans l'intérêt des enfants principalement sans doute ; car il faut à leur faiblesse un protecteur, un guide à leur inexpérience.

Dans l'intérêt des père et mère ; car c'est pour eux non pas seulement un devoir, mais aussi un droit d'élever leurs enfants, de leur donner le genre d'éducation qui leur convient, d'éveiller en eux la vocation pour la carrière vers laquelle ils veulent les diriger, etc.

Dans l'intérêt de l'État lui-même enfin ; car le bon ordre des familles est la première condition et la plus sûre garantie du bon ordre de la société ; car la puissance paternelle est le meilleur auxiliaire de la puissance publique ; et lorsqu'elle remplit bien sa mission, lorsqu'elle sait inspirer aux enfants des sentiments de religion et de morale, les former à des habitudes de discipline et de travail, soyez sûrs qu'elle prépare de bons citoyens pour la patrie.

267. — Nous diviserons ce sujet en deux parties :

La première sera consacrée à la puissance paternelle, en ce qui concerne les enfants légitimes ;

La seconde, à la puissance paternelle, en ce qui concerne les enfants naturels légalement reconnus.

PREMIÈRE PARTIE.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE, EN CE QUI CONCERNE LES ENFANTS LÉGITIMES.

CONSIDÉRATIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

268. — Les mots puissance paternelle présentent deux acceptions différentes ; ou plutôt même, il y a deux sortes de puissance paternelle.

269. — La puissance paternelle, dans un sens spécial et technique, a ce double caractère : 1° qu'elle n'appartient qu'au père ou à la mère ; 2° qu'elle finit par la majorité ou par l'émancipation de l'enfant.

270. — Au contraire, la puissance paternelle, dans un sens plus étendu, a ce double caractère que : 1° elle appartient à tous les ascendants, successivement ou concurremment ; 2° qu'elle dure, en général, pendant toute la vie des ascendants et des enfants.

271. — Les effets juridiques de la puissance paternelle, considérée sous ce dernier point de vue, sont épars dans les différents Codes. On avait proposé de les réunir dans un même titre, mais cette proposition a été rejetée.

272. — Suite.

273. — L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère, — et aussi évidemment à tous ses ascendants.

274. — Quel est le caractère de ce précepte ? quelle en est la portée juridique ? — Première opinion : Les magistrats ont le pouvoir, en vertu de l'article 371, d'interdire à l'enfant, dans ses rapports avec ses ascendants, l'exercice de ceux des droits civils qui leur paraissent incompatibles avec les devoirs de la piétié filiale.

275. — Deuxième opinion : L'article 371 ne fait que poser une prémisse générale, dont la loi elle-même a déduit les conséquences, mais qui n'autorise pas les magistrats à régler arbitrairement les rapports juridiques de l'enfant envers ses ascendants.

276. — Suite

277. — Suite.

278. — Suite.

279. — Énumération des effets les plus importants de la puissance paternelle, considérée dans son acception la plus étendue.
280. — Suite.
281. — Suite.
282. — Suite.
283. — Suite.
284. — Suite.
285. — Suite.
286. — Suite. — Les enfants ont, dans la succession de leurs père et mère ou autres ascendants, un droit de réserve.
287. — Mais les père et mère ou autres ascendants peuvent, en réduisant un ou plusieurs de leurs enfants à la réserve légale, attribuer à l'autre ou aux autres la quotité disponible par préciput et hors part. — Considérations générales.
288. — Les auteurs du Code Napoléon avaient d'abord introduit, dans le titre de la puissance paternelle, *la disposition officieuse.* — En quoi consistait-elle ? — Comment a-t-elle été remplacée ? — Réflexions.
289. — Désormais, nous ne nous occuperons plus que de la puissance paternelle proprement dite.
290. — Division.

268. — Une observation importante doit d'abord être faite.

Les mots : puissance paternelle, présentent deux acceptions différentes, à ce point même que l'on pourrait dire qu'il y a deux sortes de puissance paternelle :

L'une, la puissance paternelle proprement dite, dans le sens spécial et technique de ce mot, est l'autorité que la loi accorde au père et à la mère sur la personne et sur les biens de leurs enfants mineurs et non émancipés.

L'autre, la puissance paternelle, dans une acception générale et plus étendue, comprend tout cet ordre de droits et de devoirs, qui dérivent, entre les ascendants et les descendants, de leurs qualités réciproques.

269. — Il importe de ne pas confondre ces deux acceptions des mêmes mots, ou mieux encore ces deux espèces de puissance.

La puissance paternelle proprement dite a, en général, ce double caractère :

1° Qu'elle appartient au père et à la mère seulement, point aux ascendants d'un degré supérieur (*voy.* notre t. IV, n°s 6-8);

2° Qu'elle prend fin par la majorité ou par l'émancipation de l'enfant (comp. art. 372, 373, 377).

C'est de la puissance paternelle ainsi envisagée, dans cette organisation spéciale, qu'il est presque exclusivement question dans notre titre.

270. — Bien différente est la puissance paternelle, considérée dans une acception plus étendue ;

Alors en effet :

1° Elle appartient non-seulement au père et à la mère, mais encore à l'aïeul et à l'aïeule, et ainsi successivement, et quelquefois même concurremment à tous les ascendants ;

2° Elle n'a pas de terme, du moins pour quelques-uns de ses effets les plus importants; elle dure, sous beaucoup de rapports, pendant toute la vie des ascendants et des enfants.

271. — Les effets juridiques de la puissance paternelle, considérée sous ce dernier point de vue, sont épars çà et là dans les différents titres du Code Napoléon, et même aussi dans ceux de nos autres codes, auxquels ils se rattachent.

Un membre du conseil d'État avait proposé de réunir dans un même titre toutes les dispositions relatives à cette matière; et, d'après ce système, on aurait traité, dans ce titre, de la quotité disponible et de la réserve, comme autrefois nos anciens auteurs traitaient en effet de l'*exhérédation* à propos de la puissance paternelle. On aurait même aussi, à l'exemple des livres d'autrefois, réglé de suite ce qui concernait la responsabilité civile des père et mère, à

raison des délits et quasi-délits commis par leurs enfants.

Mais M. Réal répondit très-justement :

« Presque toutes les matières de la législation ont entre elles de la connexité ; il est donc nécessaire de classer les dispositions qui ont trait à la puissance paternelle dans les lois, d'où l'on ne pourrait les écarter sans laisser une lacune trop marquée, et de ne réunir ici que les dispositions qu'on ne peut placer ailleurs. » (Locré, *Législ. civ.*, t. VII, p. 19.)

Cette observation l'emporta; et tout ce qui concerne la réserve et la quotité disponible, la responsabilité civile des père et mère, etc., fut renvoyé au titre des donations et des testaments (art. 913, etc.), au titre des engagements qui se forment sans convention (art. 1384, etc.).

272. — C'est aussi dans ces différents titres que nous exposerons successivement ces effets juridiques, plus ou moins éloignés ou immédiats, de la puissance paternelle.

Il nous paraît toutefois utile de les rappeler ici, d'en rappeler du moins les effets les plus importants, d'autant mieux que l'un d'eux est formellement consacré par notre titre même, dont il forme la première disposition.

273. — C'est ainsi qu'aux termes de l'article 371 :

« L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses « père et mère. »

A tout âge;

Et non pas seulement à ses père et mère, mais évidemment aussi à tous ses autres ascendants.

C'est le précepte même du Deutéronome : *Honora patrem tuum et matrem* (c. v, vers. 6).

274.—Mais quel est, dans le Code Napoléon, le caractère de ce précepte? quelle est sa portée juridique?

Un code n'est point un livre de morale ; c'est une loi qui décrète des commandements ou des défenses obligatoires, sous la sanction de la puissance publique (*voy.* notre *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, etc., t. I, nos 6-8).

Et de là quelques auteurs ont conclu que l'article 371 conférait aux magistrats le pouvoir d'interdire à l'enfant, dans ses rapports avec son ascendant, l'exercice de ceux des droits civils qui leur paraîtraient incompatibles avec les devoirs de la piété filiale. L'enfant ne pourrait donc pas intenter contre ses père et mère *une action déshonorante* (Proudhon, t. I, p. 238 ; Duranton, t. III, n° 350; L. 1, § 2, et L. 5, § 1, ff. *de Obsequiis parentibus*).

Et, dès avant la loi du 17 avril 1832 (art. 19), l'article 371 aurait suffi pour s'opposer à ce que l'enfant exerçât la contrainte par corps contre les auteurs de ses jours (Bastia, 31 août 1826, Guitera, D., 1827, II, 170).

M. Demante enseigne aussi, dans des termes pourtant moins absolus, « que, en érigeant cette maxime en loi, le législateur prescrit évidemment aux enfants de conformer à ces sentiments, qu'il ne peut commander, leurs actes extérieurs ; et, que par là il donne aux magistrats, suivant les cas, le pouvoir d'empêcher et de réprimer les infractions. » (*Programme*, t. I, n° 363; ajout. *Cours analyt.*, t. II, n° 113 *bis.*)

275. — Il ne faudrait pas toutefois exagérer la portée de l'article 371; et je n'admettrais pas la doctrine de quelques-uns des auteurs que je viens de citer, et d'après laquelle les magistrats auraient le pouvoir de régler, discrétionnairement et arbitrairement, les rapports juridiques des père et mère et des enfants.

La maxime écrite dans l'article 371 n'est qu'une sorte de prémisse générale, à l'exemple d'une autre

maxime très-analogue qui se trouve dans l'article 212, et qui rappelle les devoirs généraux des époux l'un envers l'autre.

Mais c'est le législateur lui-même qui en a déduit les conséquences pratiques et positives ; il l'a placée là surtout comme la base de toutes ses dispositions sur cette matière ; et c'est en ce sens que M. Bigot-Préameneu déclare « que cet article (371) contient le principe dont les autres ne font que développer et fixer les conséquences, et que, d'ailleurs, en beaucoup d'occasions, il deviendra un point d'appui pour les juges. » (Locré, *Législ. civ.*, t. VII, p. 28.)

De même M. Vesin, dans son rapport du Tribunat : « Quoique cet article ne contienne pas, à proprement parler, de disposition législative, et que, sous ce rapport, dans la discussion du Conseil d'État, il ait été proposé de le rejeter, on a observé avec raison qu'il contenait le principe dont les autres ne font que développer les conséquences, et qu'il doit aussi devenir un point d'appui pour les juges. »

L'article 371 ne peut donc avoir, en général, d'autres conséquences juridiques et obligatoires que celles que la loi elle-même en a positivement déduites ; et, sous ce rapport, il ne faudrait pas invoquer aujourd'hui les dispositions du droit romain.

Ainsi, d'après le droit romain, l'enfant ne pouvait pas actionner son ascendant en justice sans la permission du préteur (LL. 6 et 24, ff. *De injus vocando*); et nous avons dit aussi qu'il lui était défendu de l'exproprier au delà de ce qu'on a appelé le *bénéfice de compétence* (*voy.* notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 56).

Or, il est certain que nous n'avons rien de pareil aujourd'hui, et que ce serait faire de l'article 371 une application exagérée que d'en induire contre l'enfant

de telles prohibitions que la loi n'a consacrées nulle part (Cass., 16 déc. 1829, Beer, D., 1830, I, 8).

276. — Et c'était assurément une question fort grave que celle de savoir, si, en vertu de l'article 371, l'enfant, créancier de son ascendant, n'aurait pas pu exercer contre lui la contrainte par corps.

Si regrettable que pût être en pareil cas l'emploi de cette voie de contrainte, un texte était nécessaire pour en priver l'enfant; car nous venons de constater que l'article 371 n'est pas une de ces prémisses élastiques dont les magistrats aient le pouvoir de déduire, à leur gré, les conséquences.

Aussi, le législateur a-t-il cru devoir, par une disposition spéciale, interdire en effet l'exercice de la contrainte par corps de la part de l'enfant contre son ascendant; disposition qui, d'ailleurs, s'explique par un autre motif encore, par le désir du législateur de maintenir en général l'esprit de famille; aussi l'article 19 de la loi du 17 avril 1832 s'oppose-t-il également à ce que la contrainte par corps soit prononcée au profit du mari ou de la femme, des ascendants, et des frères et sœurs du débiteur.

277. — Je ne voudrais pas non plus poser en principe absolu, que l'enfant ne pourrait pas, ne pourrait jamais intenter contre ses ascendants ce qu'on appelle une *action déshonorante*.

Est-ce qu'en effet, par exemple, l'article 380 du Code pénal, que l'on cite ordinairement à l'appui de cette thèse, est-ce que cet article lui-même ne reconnaît pas à l'enfant le droit de demander des réparations civiles à ses père et mère ou autres ascendants, à raison d'un vol qu'ils auraient commis à son préjudice? et cette action pourtant ne serait-elle pas déshonorante?

Pareillement, est-ce que l'enfant qui serait victime de mauvais traitements ou d'autres actes plus odieux

encore (art. 334 et 335 C. pén.), ne pourrait pas réclamer la protection de la justice? Évidemment oui!

La vérité est donc que c'est seulement dans les cas douteux que l'article 371 pourra faire pencher la balance contre l'enfant en faveur de l'ascendant (comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, nos 73 et 307, et t. II, nos 429-431; notre *Traité de la Paternité et de la filiation*, n° 125).

C'est en ce sens que les orateurs du Tribunat ont pu dire que les magistrats trouveraient souvent *un point d'appui* dans la disposition de l'article 371 (comp. Valette sur Proudhon, t. II, p. 238, note 1; Marcadé, t. II, art. 371, n° 1; Taulier, t. I, p. 475; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 619; Massé et Vergé, t. I, p. 376; Demante, t. II, n° 113 *bis*).

278. — Dans tous les cas, par exemple, les enfants devront s'abstenir, dans les procès qu'ils pourraient avoir à soutenir contre leurs ascendants, de tous ces termes blessants, de toutes ces injures que les plaideurs si souvent se prodiguent les uns aux autres; et l'ascendant insulté par quelque outrage de ce genre, devrait obtenir des dommages-intérêts, s'il prenait, à cet effet, des conclusions (art. 371, 1382; *voy.* l'article de M. Blanchet, *Revue de droit français et étranger*, 1848, t. V, p. 417).

279. — On peut encore considérer comme des effets de la puissance paternelle, dans son acception la plus étendue, les dispositions suivantes :

L'enfant est tenu, pour se marier, de requérir, suivant certaines distinctions, tantôt le consentement, tantôt le conseil de ses père et mère ou autres ascendants (art. 148, 149, 152, 153; *voy.* notre t. III, nos 34 et suiv.).

280. — Les père et mère ou autres ascendants peuvent former opposition au mariage de leurs enfants

et descendants (art. 173), et même en certains cas, en demander la nullité (art. 182, 184, 191; *voy.* notre t. III, nos 140, 270 et suiv.).

281. — Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants, qui sont dans le besoin. Nous savons que cette obligation est d'ailleurs réciproque (art. 205-207; *voy.* notre t. IV, nos 23 et suiv.).

282. — Ils ne peuvent se donner en adoption, avant l'âge de vingt-cinq ans accomplis, sans le consentement de leurs père et mère (art. 346).

Toutefois nous avons remarqué que cette obligation n'est pas imposée à l'enfant envers ses aïeul et aïeule (ajout. art. 361; *supra* nos 33, 34).

283. — Ajoutons que la fille mineure de vingt et un ans, pour être admise à contracter des vœux dans une congrégation religieuse, est tenue « de présenter les consentements demandés pour contracter mariage, par les articles 148, 149, 150.... du Code Napoléon. » (Décr. du 18 fév. 1809, art. 7.)

Et le fils, âgé de moins de vingt-cinq ans, ne peut « être admis dans les ordres sacrés qu'après avoir justifié du consentement de ses parents, ainsi que cela est prescrit par les lois civiles pour le mariage des fils âgés de moins de vingt-cinq ans accomplis. » (Décret du 28 février 1810, art. 4; ajout. Pothier, *Traité des Personnes*, part. I, tit. VI, sect. II; Bourjon, *Droit commun de la France*, liv. I, tit. V, chap. I, sect. I.)

284. — La tutelle des enfants mineurs est déférée de plein droit par la loi soit au survivant des père et mère, soit aux autres ascendants (art. 390, 402-404).

285. — Aux termes de l'article 935, les père et mère du mineur émancipé ou non émancipé, ou les autres ascendants, même du vivant des père et mère, quoiqu'ils ne soient ni tuteurs ni curateurs du mineur,

peuvent accepter pour lui les donations entre-vifs qui lui sont faites.

286. — Les enfants ont, dans la succession de leurs père et mère ou autres ascendants, un droit de réserve (art. 913, 914; ajout. aussi l'article 915, qui accorde réciproquement aux ascendants une réserve dans la succession de leurs enfants et descendants).

287. — Remarquons que les père et mère ou autres ascendants peuvent, en réduisant un ou plusieurs de leurs enfants à la réserve légale, attribuer au contraire aux autres la quotité disponible, en les avantageant par préciput et hors part (comp. art. 745, 843, 844, 919).

La règle sans doute, règle équitable et morale, c'est l'égalité, dans la famille, entre les enfants des mêmes père et mère, sans distinction entre les fils et les filles, entre les aînés et les puînés (art. 745).

Mais cette règle ne devait pas être aveugle; et la faculté que le Code Napoléon accorde à l'ascendant de donner à l'un de ses enfants, la quotité disponible par préciput et hors part, cette faculté n'est pas moins morale ni moins équitable; car elle est elle-même un moyen d'intelligente et véritable égalité; car elle devient une salutaire sanction des devoirs sacrés de famille. L'ascendant peut en effet ainsi, non-seulement réparer les inégalités d'intelligence et d'aptitude, et par suite de bien-être et de fortune que la nature elle-même a pu créer entre ses enfants; mais il peut encore punir l'ingratitude et l'inconduite des uns, et récompenser la piété filiale et le travail honnête des autres.

288. — Les auteurs du Code Napoléon s'étaient aussi préoccupés, dans le projet de notre titre, de la juste sollicitude du père et de la mère sur l'avenir de celui de leurs enfants dans lequel ils reconnaîtraient l'esprit de dissipation et de prodigalité.

Et ils avaient imaginé un moyen par lequel le père ou la mère pourrait préserver son enfant de ses propres égarements, et l'empêcher de se trouver un jour réduit, lui-même, et ses propres enfants, au dénûment et à la misère.

Ce moyen était la *disposition officieuse.*

Voici en quels termes l'un des projets l'avait formulée :

Article 17. « Les père et mère pourront, par une disposition officieuse, dans le cas de dissipation notoire, réduire les enfants au simple usufruit de leur portion héréditaire, au profit seulement des descendants nés et à naître de ces derniers. »

Article 18. « La disposition officieuse ne peut être faite que par acte testamentaire.

« La cause doit y être spécialement exprimée; elle doit être juste, et encore subsistante à l'époque de la mort du père ou de la mère disposants. »

Article 19. « L'usufruit laissé à l'enfant pourra être saisi par les créanciers, qui lui auront fourni des aliments depuis sa jouissance.

« Les autres créanciers, soit antérieurs, soit postérieurs à l'ouverture de cette jouissance, ne pourront saisir l'usufruit que dans le cas où il excéderait ce qui peut convenablement suffire à la subsistance de l'usufruitier. » (Locré, *Législ. civ.*, t. VII; comp. p. 15, 27 et 42.)

Ainsi la disposition officieuse consistait à enlever à l'enfant dissipateur la nue propriété de sa réserve, en l'assurant à ses enfants nés ou à naître.

Ce projet fut toutefois ajourné; et on résolut de ne s'en point occuper encore dans le titre de la puissance paternelle.

Nous verrons qu'on y est revenu plus tard dans le titre des donations et des testaments; mais la *disposi-*

tion officieuse a été remplacée par une *substitution exceptionnelle* (art. 896, 897), que les père et mère sont autorisés à faire au profit des enfants nés et à naître de celui de leurs enfants, dont les dispositions, l'inconduite ou l'incapacité les inquiètent.

Article 1048. « Les biens, dont les père et mère « ont la faculté de disposer, peuvent être par eux don- « nés, en tout ou en partie, à un ou plusieurs de leurs « enfants, par actes entre-vifs ou testamentaires, avec « la charge de rendre ces biens aux enfants nés et à « naître, au premier degré seulement, desdits dona- « taires. »

Ce nouveau moyen est, comme on le voit, tout différent de la *disposition officieuse.*

On peut dire, il est vrai, qu'il a l'avantage de respecter et de garantir de toute atteinte la réserve des enfants, puisqu'il n'affecte que la quotité disponible.

Mais il soulève, sous d'autres rapports, une objection très-sérieuse ; car cette quotité disponible ne peut être assurée à l'un des enfants qu'au préjudice des autres ; et il arrive ainsi que la dissipation et la prodigalité peuvent devenir des titres à la libéralité des père et mère ! de telle sorte que l'enfant paresseux et débauché serait, à raison même de son inconduite, plus favorisé que l'enfant rangé et laborieux !

289. — Maintenant, nous ne devons plus nous occuper que de la puissance paternelle proprement dite, de celle qui n'appartient qu'au père et à la mère et qui ne s'étend pas au delà de la majorité et de l'émancipation de l'enfant.

290. — Les effets de la puissance paternelle doivent être examinés sous un double rapport :

1° En ce qui concerne la personne même de l'enfant ;

2° En ce qui concerne l'administration et la jouissance de ses biens.

CHAPITRE PREMIER.

DES EFFETS DE LA PUISSANCE PATERNELLE EN CE QUI CONCERNE LA PERSONNE DE L'ENFANT (LÉGITIME).

SOMMAIRE.

291. — Division.

291. — Nous avons ici trois questions à résoudre :

1° Par qui la puissance paternelle est-elle exercée?

2° Quels sont ses effets?

3° De quelles manières prend-elle fin, et dans quels cas l'exercice peut-il en être enlevé soit au père, soit à la mère, ou du moins suspendu ou modifié dans leurs mains?

SECTION I.

PAR QUI LA PUISSANCE PATERNELLE EST-ELLE EXERCÉE?

SOMMAIRE.

292. — La puissance paternelle est commune au père et à la mère ; mais l'exercice en appartient au père seul pendant le mariage.

293. — La mère toutefois se trouve, dans certains cas, associée à l'exercice de la puissance paternelle pendant le mariage.

294. — Toute clause par laquelle, même dans le contrat de mariage, le mari transmettrait à la femme tout ou partie de la puissance paternelle, serait nulle.

295. — Cette proposition s'applique-t-elle aux clauses par lesquelles les futurs époux, qui ne professent pas les mêmes croyances, stipulent que les garçons seront élevés dans la religion de leur père, et les filles dans la religion de leur mère?

296. — Que décider si, pendant le mariage, le père se trouve dans l'impossibilité légale ou physique d'exercer l'autorité paternelle? Est-ce alors la mère qui en aura l'exercice?

297. — *Quid*, si le père, non interdit, était néanmoins placé dans un établissement d'aliénés?

298. — *Quid*, si le père n'était ni interdit, ni placé dans un établissement d'aliénés?
299. — *Quid*, si le père était seulement éloigné, en voyage? — *Quid*, s'il était en pays étranger?
300. — La mère, dans le cas d'absence ou d'interdiction du père, pourrait-elle émanciper l'enfant, soit dès l'âge de quinze ans, soit du moins à l'âge de dix-huit ans? — Renvoi.

292. — La puissance paternelle est commune en principe, au père et à la mère; l'enfant, dit l'article 372, reste *sous leur autorité...*, etc.

Mais cette autorité ne pouvait souffrir de partage; et c'est au mari, chef de la famille, déjà investi de la puissance maritale (art. 213), que l'exercice en appartient exclusivement pendant le mariage (art. 373).

293. — Telle est la règle; et il faut un texte spécial pour que la mère puisse se trouver associée, concurremment avec le père, à l'exercice de la puissance paternelle.

Il y en a toutefois quelques exemples.

C'est ainsi que l'enfant est tenu, pour contracter mariage, de demander tout à la fois le consentement ou le conseil de ses père et mère (*voy.* notre t. III, n° 38).

Et nous avons vu que le même devoir lui est imposé plus rigoureusement encore, dans le cas d'adoption, puisque le refus de la mère peut alors neutraliser le consentement du père (*supra*, n° 33).

294. — Ce n'est donc qu'officieusement, par ses observations, par ses conseils ou ses prières, que la mère peut intervenir pour faire prévaloir ses desseins et ses projets contre ceux du père, relativement à l'éducation de leurs enfants.

Nous n'avons pas besoin d'ajouter que tout traité par lequel le mari consentirait à transmettre à la mère tout ou partie de la puissance paternelle, serait frappé

de nullité, lors même que ce traité serait écrit dans le contrat de mariage (art. 6, 1388; *voy.* notre t. I, n° 17).

295. — Cette proposition s'applique même à ces clauses, fort usitées dans certaines parties de la France, et par lesquelles les futurs époux, qui ne professent pas les mêmes croyances, stipulent que les garçons seront élevés dans la religion de leur père, et les filles dans la religion de leur mère.

MM. Pont et Rodière enseignent, dans leur *Traité du Contrat de mariage* (t. I, n°s 55-57), que ces clauses pourraient avoir une grande importance devant la justice appelée à prononcer sur ce différend entre le père et la mère.

Mais ce sentiment ne me paraît pas juridique.

Quel que soit d'ailleurs, sous les rapports religieux et philosophique, le mérite de ces sortes de conventions, je ne crois pas que légalement elles soient obligatoires.

La puissance paternelle est d'ordre public; c'est la loi elle-même qui l'institue, et il n'appartient pas aux père et mère de la modifier par leurs conventions particulières.

Or, la convention dont il s'agit constituerait certainement une modification, une dérogation à la puissance paternelle, telle que le législateur l'a organisée; elle ferait passer dans les mains de la mère un droit que la loi ne confère qu'au *père seul* pendant le mariage (art. 372).

Ajoutez la difficulté, l'impossibilité même le plus souvent de l'exécution efficace de ce traité.

Le moyen, en effet, d'empêcher le père d'élever son enfant dans la religion qui lui paraît être la meilleure et la plus vraie!

On n'y réussirait qu'en lui enlevant absolument la garde et la direction de cet enfant; c'est-à-dire qu'en

le privant de toute autorité paternelle. Or, c'est précisément ce résultat qui prouve la nullité de la stipulation (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 228 et 604; Massé et Vergé, t. I, p. 364; Troplong, *du Contrat de mariage*, t. I, n° 61; Duranton, t. XIV, n° 24; Marcadé, t. V, art. 1389, n° 3).

296. — Le père seul, dit l'article 372, exerce cette autorité *durant le mariage*.

Mais que décider, si durant le mariage, le père se trouve dans l'impossibilité légale ou physique d'exercer cette autorité?

Le père, par exemple, a été privé de la puissance paternelle, par application de l'article 335 du Code pénal;

Ou bien il est interdit; — ou absent soit déclaré, soit seulement présumé.

Un auteur paraît enseigner que la loi n'accordant à la mère que la *survivance* (comp. art. 373 et 381), la mère ne peut exercer l'autorité paternelle qu'autant qu'elle a en effet survécu au mari (Proudhon, t. II, p. 244).

Mais cette interprétation littérale ne saurait être admise :

1° En principe, la puissance paternelle est commune au père et à la mère; l'enfant est placé sous *leur autorité* (art. 371, 372); c'est le père, sans doute, en première ligne, qui exerce cette autorité; mais lorsqu'il en est empêché par un événement que la loi elle-même reconnaît, cet exercice doit logiquement revenir à la mère, puisque rien ne fait plus obstacle à l'action de l'autorité qui réside aussi dans sa personne.

2° Et à qui donc la puissance paternelle serait-elle alors confiée, si ce n'est à la mère? Par qui serait-elle mieux et plus convenablement exercée?

3° Aussi les textes de nos différents codes supposent-ils toujours que c'est la mère qui exerce la puissance paternelle, lorsque le père est lui-même dans l'impossibilité de l'exercer (comp. art. 141, et notre *Traité de l'Absence*, n°s 313 et suiv.; art. 149, et notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n°s 40 et suiv.; art. 2 Cod. de com.).

4° Et c'est ainsi que dans l'ancien droit, la mère exerçait la puissance paternelle, non-seulement après la mort du père, mais aussi, dit Pothier « dans le cas auquel, pour sa démence ou son absence, il ne pourrait pas l'exercer. » (*Traité des Personnes*, part. III, tit. VI, sect. II; Valette sur Proudhon, t. II, p. 245, note *a;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 603; Massé et Vergé, t. I, p. 364; Vazeille, *du Mariage*, t. II, p. 405; Marcadé, art. 373, n° 1; Allemand, *du Mariage et de ses effets*, t. II, n° 1071; D., *Rec. alph.*, t. II, v° *Puiss. pat.*, p. 487; Demante, t. II, n° 115 *bis;* Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 213).

297. — L'admission du père même non interdit, dans un établissement public ou privé d'aliénés, conformément à la loi du 30 juin 1838, me paraîtrait suffisante pour autoriser la mère à prendre en main l'exercice de la puissance paternelle; le certificat constatant cette admission serait une preuve légale de l'empêchement du mari.

298. — Mais si le père n'était ni interdit, ni placé dans un établissement d'aliénés, la mère ne serait pas recevable à alléguer l'affaiblissement ou même l'anéantissement de ses facultés intellectuelles, pour revendiquer l'exercice de l'autorité paternelle. Il y aurait là trop d'abus possibles (*voy.* toutefois, pour le cas de mariage, notre t. III, n° 43).

299. — Pareillement, le simple éloignement du

père, fût-il même en pays étranger, n'aurait pas pour effet de transmettre à la mère l'exercice de la puissance paternelle (*voy.* aussi notre t. III, n° 42).

Je ne parle pas, bien entendu, de ces mesures de protection et de surveillance, de ces mesures d'intérieur, de ces soins *maternels* enfin que la mère a toujours le droit et le devoir de donner à ses enfants.

C'est surtout le droit de faire détenir l'enfant, que j'entends alors refuser à la mère.

300. — La mère, même dans le cas d'absence ou d'interdiction du père, pourrait-elle émanciper l'enfant, soit dès l'âge de quinze ans, soit du moins à l'âge de dix-huit ans?

Pour le cas d'absence du père, je m'en suis déjà expliqué (*voy.* notre t. II, n° 316).

Et ce que j'ai dit de cette hypothèse annonce déjà la solution que je donnerai à l'hypothèse de l'interdiction.

Mais c'est un point que je réserve pour le discuter avec l'attention spéciale qu'il mérite, lorsque je m'occuperai de l'émancipation (art. 477).

SECTION II.

QUELS SONT LES EFFETS DE LA PUISSANCE PATERNELLE SUR LA PERSONNE DE L'ENFANT?

SOMMAIRE.

301. — L'éducation est le but, la puissance paternelle n'est que le moyen. — Attributs généraux de la puissance paternelle.

302. — Le Code Napoléon règle seulement deux des effets les plus importants de la puissance paternelle : 1° le droit de garde et la résidence de l'enfant; 2° le droit de correction.

N° 1. — *De la garde et de la résidence de l'enfant.*

303. — L'enfant ne peut, sans le consentement de son père, quitter la maison paternelle, ou la résidence quelconque dans laquelle il a été placé par lui.

304. — Le droit de la mère est, à cet égard, le même que celui du père.

305. — L'enfant peut quitter la maison paternelle pour cause d'enrôlement volontaire.

306. — A quel âge? — L'article 374 du Code Napoléon a été, sous ce rapport, modifié par l'article 32 de la loi du 21 mars 1832.

307. — Quelle est la sanction de l'article 374? — *Quid*, si l'enfant avait déserté la maison paternelle? — *Quid*, s'il était retenu par un tiers? — *Quid*, si ce tiers était un maître non payé du prix de l'apprentissage?

308. — Suffit-il alors que le père obtienne un ordre du président du tribunal; ou est-ce le tribunal lui-même qui doit statuer sur la réclamation du père?

N° 2. — *Du droit de correction.*

309. — Il ne s'agit pas ici des réprimandes et des petites punitions que les père et mère infligent à leurs enfants, dans l'intérieur de la famille, d'après les usages et les mœurs.

310. — Il s'agit d'un moyen plus énergique, de la détention de l'enfant avec le concours de la force publique.

311. — Ce droit de correction n'est pas régi par les mêmes principes, suivant qu'il est exercé par le père ou par la mère. — Il faut donc examiner séparément les deux cas.

A. — *Du droit de correction exercé par le père.*

312. — Le père peut exercer le droit de correction de deux manières : 1° par voie d'autorité; 2° par voie de réquisition.

313. — 1° Article 376. — Dans quels cas le père agit-il par voie d'autorité? — Le président doit, dans ce cas, délivrer l'ordre d'arrestation, lors même que le père n'indiquerait que des motifs faux ou frivoles, ou refuserait absolument de faire connaître ses motifs.

314. — *Quid*, pourtant, s'il s'agissait d'un enfant en si bas âge, que le père, en requérant sa détention, ferait un acte de folie?

315. — Sous quelles conditions le père peut-il faire détenir son enfant par voie d'autorité?

316. — Quel est *alors* le *maximum* de la durée de la détention?

317. — Quel est le président compétent?

318. — 2° Article 377. — Lorsque le père agit par voie de réquisition, c'est le président du tribunal qui statue; et le père alors doit faire connaître les motifs de sa réquisition.

319. — Le père ne peut agir que par voie de réquisition, dans les quatre hypothèses suivantes :

320. — 1° Lorsque l'enfant a seize ans commencés. — Motifs. Il faut produire, en cas de doute, son acte de naissance.

321. — 2° Lorsque le père est remarié, quel que soit l'âge de l'enfant, fût-il au-dessous de quinze ans.

322. — Si le père remarié perd sa nouvelle femme, recouvre-t-il le droit de faire détenir, par voie d'autorité, ses enfants du premier lit âgés de moins de seize ans commencés? — L'affirmative est généralement enseignée.

323. — La même question s'élève sur l'article 381. — La mère remariée, mais redevenue veuve par la mort de son nouvel époux, recouvre-t-elle le droit de correction dans les termes de l'article 381? — L'affirmative est aussi généralement enseignée.

324. — Suite. — L'opinion contraire n'est-elle pas préférable sur ces deux points?

325. — 3° et 4° L'enfant, même âgé de moins de seize ans, ne peut être détenu que par voie de réquisition, lorsqu'il a des biens personnels ou lorsqu'il exerce un état. — Quels sont les motifs de cette disposition, en ce qui concerne l'enfant ayant des biens personnels?

326. — De l'enfant qui exerce un état.

327. — Dans quels cas pourra-t-on dire que l'enfant exerce un état?

328. — Énoncé de deux questions sur le droit de correction par voie de réquisition?

329. — A. Lorsque le droit de correction est exercé par voie de réquisition, la détention peut-elle être, dans tous les cas, demandée et ordonnée pour six mois?

330. — B. Existe-t-il un mode de recours quelconque contre la décision du président, soit de la part de l'enfant, soit de la part du père?

331. — Suite. — L'enfant peut-il présenter un mémoire au procureur général, non-seulement dans les deux cas prévus par l'article 382, c'est-à-dire lorsqu'il a des biens personnels ou lorsqu'il exerce un état, mais encore dans tous les cas où la détention a été ordonnée par voie de réquisition?

332. — Le père aurait-il, de son côté, le droit de se pourvoir contre la décision du président qui refuserait l'ordre d'arrestation, ou qui abrégerait la durée de la détention par lui requise?

333. — Suite. — *Quid*, si le père prétend avoir le droit de faire détenir son enfant par voie d'autorité, tandis que le président du tribunal prétend au contraire qu'il ne peut agir que par voie de réquisition?

334. — Règles communes au droit de correction, de quelque manière qu'il s'exerce : 1° Point de publicité, point de procédure. La demande du père peut être faite verbalement, sans requête ni ministère d'avoué.

335. — Pourtant l'agent de la force publique chargé d'exécuter l'ordre du président, ne doit-il pas dresser procès-verbal de l'arrestation? — De même le gardien ne doit-il pas dresser un acte d'écrou et transcrire sur son registre l'ordre du président?

336. — Le père doit souscrire une soumission de payer tous les frais.
337. — Le père est-il tenu de verser d'avance une somme suffisante pour fournir, pendant un mois, à l'enfant, les aliments convenables ?
338. — L'administration dispense même quelquefois le père de faire la soumission prescrite par l'article 378.
339. — 2° Le père est toujours maître d'abréger la durée de la détention par lui *ordonnée* ou requise. — Il a seul l'exercice de ce droit de grâce.
340. — Suite.
341. — 3° Si, après sa sortie, l'enfant tombe dans de nouveaux écarts, la détention pourra être de nouveau ordonnée. — Le père n'a-t-il le droit de faire détenir son enfant de nouveau, qu'autant qu'il aurait abrégé la durée de la première détention?
342. — Le père peut faire détenir son enfant de nouveau, soit par voie d'autorité, soit par voie de réquisition.
343. — Suite. — On a mis en question si le père ne devait pas, en cas de récidive, prouver au président les nouveaux écarts de l'enfant. — Solution.

B. — *Du droit de correction exercé par la mère.*

344. — Dans quels cas la mère est-elle appelée à exercer le droit de correction ?
345. — La mère, en se remariant, perd le droit de correction sur les enfants de son premier lit.
346. — *Quid*, si la mère remariée avait été maintenue dans la tutelle?
347. — La mère, redevenue veuve, recouvre-t-elle le droit de correction sur ses enfants du premier lit? — Renvoi.
348. — Toutes les fois que la mère exerce le droit de correction, du vivant de son mari, absent, interdit, etc., elle ne peut l'exercer qu'avec les modifications auxquelles la loi en soumet l'exercice dans sa personne.
349. — Quelles sont ces modifications? — La mère ne peut faire détenir l'enfant que par voie de réquisition et avec le concours des deux plus proches parents paternels.
350. — Suite.
351. — Suite.
352. — Suite.
353. — Suite. — *Quid*, s'il n'existe pas du tout de parents paternels?
354. — La mère a-t-elle le droit d'abréger la durée de la détention de son enfant conformément à l'article 379 ? — Trois opinions sont en présence. — A. Première opinion : La mère ne peut point pardonner à son enfant, ni abréger la durée de sa détention.
355. — B. Deuxième opinion : La mère peut abréger la durée de la détention, mais seulement avec le concours des plus proches pa-

rents paternels (ou alliés ou amis), de l'avis desquels la détention a été requise.

356. — C. Troisième opinion : La mère peut seule, aussi bien que le père, abréger la durée de la détention de l'enfant.

357. — Les père et mere étrangers, lorsqu'ils n'ont pas été autorisés à établir leur domicile en France, aux termes de l'article 13, et lorsqu'ils n'y jouissent pas dès lors des droits civils, peuvent-ils invoquer les articles 375 et suivants, et faire détenir leur enfant, soit par voie de réquisition, soit même par voie d'autorité?

301. — Le législateur ne pouvait pas, bien entendu, définir juridiquement tous les attributs, petits ou grands, de la puissance paternelle.

Il ne pouvait que s'en remettre, sur ces détails de la vie domestique, aux mœurs, aux usages, aux habitudes des familles, surtout à la tendresse des parents.

L'éducation des enfants, leur éducation physique et morale, voilà le but; la puissance paternelle n'est que le moyen.

Les père et mère doivent élever leurs enfants, c'est-à-dire leur enseigner le plus tôt possible les principes de la religion et de la morale, régler leurs mœurs, leurs habitudes, former leur intelligence, les disposer enfin à bien remplir la position, quelle qu'elle soit, humble ou élevée, qu'ils doivent un jour occuper dan la société.

C'est à eux, c'est à celui d'entre eux qui a le gouvernement de la famille et qui exerce la puissance paternelle, qu'il appartient de décider du genre d'éducation et d'instruction que l'enfant recevra, des maîtres qui lui seront donnés, de la profession pour laquelle il sera préparé, etc.

Et c'est afin de leur rendre possible l'accomplissement de cette obligation (art. 203), que la loi place l'enfant sous *leur autorité* (art. 372), décrétant ainsi législativement le premier devoir de l'enfant envers

ses père et mère, le devoir de subordination et de respectueuse obéissance.

302. — Le Code Napoléon règle seulement ici, en termes formels, deux des effets les plus importants de cette autorité :

1° L'un, qui concerne la garde et la résidence de l'enfant;

2° L'autre, qui concerne le droit de correction.

N° 1. — *De la garde et de la résidence de l'enfant.*

303. — L'article 374 est ainsi conçu :

« L'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la « permission de son père, si ce n'est pour enrôlement « volontaire, et après l'âge de dix-huit ans révolus. »

La maison paternelle.... ou tout autre lieu dans lequel l'enfant aurait été placé : la pension, par exemple, ou le couvent, ou la maison de commerce où il aurait été mis pour faire ses études ou son apprentissage, etc.

304. — *Sans la permission de son père....* ou de sa mère, lorsque c'est la mère qui exerce la puissance paternelle; car ses droits sont, à cet égard, les mêmes que ceux du père.

Nous allons voir qu'il n'en est point ainsi du droit de correction.

305. — *Si ce n'est pour enrôlement volontaire....*

Cette exception est unique, et elle est en effet très-grave, puisque c'est l'enfant lui-même qui, par sa seule volonté, peut alors quitter la maison paternelle. Notre ancien droit l'avait également admise; l'intérêt public, dit Pothier, l'emporte alors sur l'intérêt particulier des père et mère (*des Personnes*, part. I, tit. VI, sect. II; *supra*, n° 283).

306. — *Après l'âge de dix-huit ans révolus....*

Il ne fallait pas, en effet, permettre à l'enfant d'abandonner trop tôt la maison paternelle, même pour le service militaire; il ne fallait pas lui donner ce facile moyen d'interrompre l'éducation qu'il reçoit.

L'âge de dix-huit ans n'était pas même assez avancé; aussi l'article 374 a été, sous ce rapport, modifié par la loi sur le recrutement de l'armée du 21 mars 1832, dont l'article 32 déclare que l'enfant ne pourra contracter un engagement volontaire sans le consentement de son père ou de sa mère, s'il a moins de vingt ans.

307. — Le père (ou la mère) a certainement le droit de réclamer le concours de la force publique pour faire ramener l'enfant dans la maison paternelle ou dans toute autre résidence où il l'avait placé, et que l'enfant aurait désertée.

Il pourrait pareillement le réclamer, le *revendiquer* contre un tiers qui le retiendrait de gré ou de force (art. 354 C. pén.).

Lors même que ce tiers serait un maître non payé du prix de la pension ou de l'apprentissage; car il est bien clair que la personne même de l'enfant ne saurait être retenue comme gage du payement (Paris, 1re chambre, juillet 1831; de Belleyme, *Ordonnances sur requête*, t. I, p. 417).

On objecterait en vain que la contrainte par corps ne peut être prononcée que dans les cas déterminés par une loi formelle (art. 2063) et qu'aucune loi n'autorise ce mode d'exécution contre l'enfant.

Il ne s'agit pas, en effet, de la contrainte par corps proprement dite, que le créancier peut, dans certains cas, employer contre le débiteur. Il s'agit d'un droit de la puissance paternelle expressément reconnu par la loi et qui ne peut pas être dépourvu de sanction; il s'agit d'assurer aux prescriptions de la loi et aux or-

dres de la justice l'autorité qui leur est toujours due. « Le fils, disait le premier consul, ne peut, sans le consentement de son père, quitter la maison paternelle ni voyager; *s'il se le permet, le père a le droit de le faire ramener.* » (Locré, *Législ. civ.*, t. VII, p. 20.)

C'est par ces motifs que nous avons déjà pensé que le mari lui-même peut recourir à la force publique, *manu militari*, pour contraindre sa femme à réintégrer le domicile conjugal (*voy.* notre t. IV, n° 107; comp. Valette sur Proudhon, t. I, p. 241, note *a* II; Zachariæ; Aubry et Rau, t. IV, p. 604; Massé et Vergé, t. I, p. 365; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 550).

308. —On peut même soutenir qu'il suffit alors, pour mettre en mouvement la force publique, d'obtenir un ordre du président du tribunal; car le titre du père (ou de la mère) est dans la loi; car c'est le président qui est chargé de délivrer un ordre bien plus rigoureux encore, l'ordre d'arrestation de l'enfant pour le faire détenir. A plus forte raison, peut-il délivrer un ordre semblable pour le faire ramener dans la maison paternelle (de Belleyme, *Ordonnances sur requête*, t. I, p. 417; Chardon, *des Trois puissances*, t. II, n° 24).

Cette proposition ne saurait être contestée, dans les cas d'urgence; et le président peut, sans aucun doute, rendre alors une telle ordonnance par voie de référé (art. 806 procéd.).

Mais je crois même qu'elle est aussi exacte en règle générale, et que le président peut seul ordonner que l'enfant sera reconduit, par la force publique, dans la maison paternelle, soit qu'il se trouve en état de vagabondage, soit qu'il ait été recueilli par des tiers, comme, par exemple, s'il était retenu plus ou moins volontairement dans une maison religieuse.

Le ministère public pourrait même, dans ces différents cas, en vertu des pouvoirs de sa charge, venir en aide à la puissance paternelle; car le vagabondage est un délit (art. 269, 271 C. pén.); et les tiers, communauté religieuse ou autres, qui retiennent un enfant mineur, pourraient être considérés comme coupables de détention arbitraire (art. 615 et suivants d'inst. crim.).

N° 2. — *Du droit de correction.*

309. — Il ne s'agit pas ici, bien entendu, de ces *punitions*, que les père et mère peuvent infliger à leurs enfants dans l'intérieur de la famille, *in domo;* le législateur ne pouvait, ainsi que nous l'avons dit, que s'en remettre aux mœurs et aux usages qui ont consacré les *petites règles* de la discipline domestique. On peut dire, d'ailleurs, qu'il les consacre tacitement lui-même en plaçant l'enfant sous *l'autorité* des père et mère, à la condition toutefois que cette autorité ne deviendra pas oppressive et violente (*infra*, n°s 367 et suiv.).

310. — Mais lorsque les moyens ordinaires sont insuffisants, lorsque le père (ou la mère) a des sujets de mécontentement *très-graves* sur la conduite de l'enfant (art. 375), le législateur met au service de la puissance paternelle un moyen plus énergique de répression.

Il autorise, suivant certaines distinctions, la détention de l'enfant avec le concours de la force publique.

311. — Ce droit de correction n'est pas régi, de tous points, par les mêmes règles, suivant qu'il est exercé par le père ou par la mère.

Nous l'exposerons donc d'abord dans la personne du père.

Et nous ferons ensuite connaître les modifications

qu'il reçoit, lorsque c'est la mère qui est appelée à l'exercer.

A. *Du droit de correction exercé par le père.*

312. — Le père peut exercer, suivant les cas, le droit de correction de deux manières différentes :

1° *Par voie d'autorité;*

2° *Par voie de réquisition.*

313. — 1° *Par voie d'autorité.*

« Si l'enfant est âgé de moins de seize ans commen-
« cés, le père pourra le faire détenir pendant un temps
« qui ne pourra excéder un mois; et, à cet effet, le
« président du tribunal d'arrondissement devra, sur sa
« demande, délivrer l'ordre d'arrestation. » (Art. 376.)

C'est le père seul qui, dans ce cas, prononce véritablement la détention ; le magistrat n'intervient que pour *légaliser* sa volonté et lui prêter le concours de la force publique. Aussi le père n'est-il pas tenu de faire connaître ses griefs contre l'enfant; et lors même que ceux qu'il déclarerait seraient évidemment frivoles ou faux, le président n'en devrait pas moins toujours délivrer l'ordre d'arrestation. Il se pourrait que le père eût des motifs plus graves qu'il ne voudrait pas révéler; son autorité, en un mot, est alors souveraine.

Le président, sans doute, peut adresser officieusement au père ses observations et ses conseils; il peut l'exhorter à l'indulgence, au pardon; mais si celui-ci persiste, l'ordre d'arrestation doit être accordé.

314. — Il faut pourtant excepter le cas où il s'agirait d'un enfant en si bas âge, que le père, en demandant sa détention, ferait un acte de folie! Le président, sans doute, ne serait pas tenu de s'y associer; il serait même de son devoir de refuser alors l'ordre d'arrestation.

315. — Remarquez que ce mode de correction ne s'applique qu'à l'enfant âgé *de moins de seize ans* COMMENCÉS, c'est-à-dire qui n'a pas encore accompli sa quinzième année.

Et encore faut-il :

1° Que son père ne soit pas remarié (art. 380);

2° Que l'enfant n'ait pas des biens personnels (art. 382);

3° Qu'il n'exerce pas un état (même article).

Sous ces conditions, l'exercice du droit de correction, par voie d'autorité, n'offre pas de danger. L'âge encore si peu avancé de l'enfant ne permet pas de supposer que le père s'inspire, même à son insu, du moindre sentiment de vengeance ; et lorsqu'il se décide à demander la détention de son enfant si jeune, il faut qu'il la croie nécessaire dans son propre intérêt.

316. — La détention, d'ailleurs, ne peut excéder un mois.

317. — C'est, bien entendu, au président du tribunal de l'arrondissement du domicile du père (ou de la mère) que la demande doit être présentée (art. 108).

318. — 2° *Par voie de réquisition.*

Le père alors peut seulement en effet *requérir* la détention de son enfant; il doit s'adresser au président du tribunal, « qui, *après en avoir conféré avec le procureur impérial*, délivrera l'ordre d'arrestation ou le refusera, et pourra, dans le premier cas, abréger le temps de la détention requis par le père. » (Art. 377.)

Il est bien clair que dans ce cas, le père doit faire connaître ses griefs contre l'enfant, puisque c'est au président qu'il appartient de les apprécier et de statuer.

Notons aussi que le président est seulement autorisé, par le texte, à refuser l'ordre d'arrestation, et à *abréger* la durée de la détention requise par le père, mais

qu'il ne pourrait pas l'*augmenter*, ni prononcer par exemple une détention de trois mois, si le père ne requérait lui-même que deux mois de détention.

C'est en effet, un principe général que le juge ne doit pas prononcer *ultra petita;* et l'application de ce principe était ici très-logique et éminemment favorable.

319. — Le père ne peut agir que par voie de réquisition, dans les quatre hypothèses suivantes :

1° Lorsque l'enfant a plus de seize ans commencés. Et en outre quel que soit l'âge de l'enfant ;

2° Lorsque le père est remarié ;

3° Lorsque l'enfant a des biens personnels ;

4° Lorsqu'il exerce un état.

320. — 1° Je reprends rapidement ces quatre hypothèses :

« Depuis l'âge de seize ans commencés, jusqu'à la « majorité ou l'émancipation, le père pourra seulement « requérir la détention de son enfant pendant six mois « au plus.... » (Art. 377.)

C'est que l'enfant, après sa quinzième année accomplie, peut commettre des écarts plus graves et qui appellent une répression plus sévère. C'est aussi qu'il a droit alors à plus de ménagements et de garanties ; par cela même qu'il est plus âgé et qu'il peut encourir une plus longue détention.

Il faut alors produire l'acte de naissance de l'enfant pour justifier la réquisition à une détention de six mois.

321. — 2° « Si le père est remarié, il sera tenu, « pour faire détenir son enfant du premier lit, lors « même qu'il serait âgé de moins de seize ans, de se « conformer à l'article 377. » (Art. 380 ; ajout. Pothier, *des Personnes*, part. I, tit. VI, sect. II.)

322. — Presque tous les auteurs enseignent que, si

le père remarié a perdu sa nouvelle femme, il recouvre le droit de faire détenir, par voie d'autorité, ses enfants du premier lit âgés de moins de seize ans commencés.

Ils raisonnent ainsi :

Quel est le motif de l'exception, que l'article 380 apporte à la règle écrite dans l'article 376 ? C'est que la loi craint l'influence de la nouvelle femme du père, son influence trop souvent hostile aux enfants du premier lit ; elle craint ses inimitiés, ses artifices, son ascendant sur son mari trop faible ou aveuglé ;

Or, cette crainte ne peut plus exister, lorsque la nouvelle femme est décédée ;

Donc, le père, redevenu veuf, recouvre la plénitude de son droit de correction.

Aussi l'article 380 en disant : *si le père est remarié*, suppose-t-il qu'il est actuellement remarié, c'est-à-dire que son nouveau mariage existe encore.

323. — La même question s'élève sur l'article 381, qui n'accorde le droit de faire détenir l'enfant même par voie de réquisition, qu'à la mère survivante et *non remariée*.

La mère, remariée, mais redevenue veuve par la mort de son nouvel époux, recouvre-t-elle le droit de correction dans les termes de l'article 381 ?

L'affirmative est également enseignée par les mêmes motifs (Toullier, t. II, n° 1058 ; Proudhon, t. II, p. 246 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 605 ; Vazeille, *du Mariage*, t. II, n° 425 ; Marcadé, t. II, art. 375, n°s 2 et 3 ; Taulier, t, I, p. 484).

324. — Je ne saurais adopter cette doctrine ;

1° Aux termes de l'article 380, le père, qui s'est remarié, a perdu le droit de faire détenir son enfant du premier lit par voie d'autorité ; de même qu'aux termes de l'article 381, la mère, en se remariant, a perdu

entièrement sur les enfants de son précédent mariage le droit de correction ; et ils ne peuvent dès lors recouvrer le pouvoir que la loi leur a enlevé, qu'autant que la loi elle-même le leur rendrait ;

Or, aucun texte ne restitue au père ni à la mère, après la dissolution de leur nouveau mariage, le droit qu'ils ont perdu par le fait même de ce mariage ;

Donc, ils en demeurent toujours déchus.

C'est ainsi que l'on convient généralement que la mère, qui a perdu, par un nouveau mariage, la jouissance légale des biens de ses enfants du premier lit, ne recouvre pas cette jouissance, lorsqu'elle redevient veuve (*infra*, n° 562).

Si on ne lui rend pas l'usufruit paternel, pourquoi lui rendre le droit de correction ?

On objecte que les termes des articles 380 et 381, supposent que le père ou la mère est *actuellement* remarié.

Le texte n'y met pas du tout cette condition :

Si le père est remarié..., porte l'article 380.

C'est-à-dire, s'il a contracté une nouvelle union ; c'est-à-dire s'il n'est pas resté veuf.

Telle est la pensée de la loi dans l'article 380, aussi bien que dans l'article 381 (*voy.* encore art. 400).

Et en admettant que ces termes fussent équivoques et se prêtassent également aux deux acceptions contraires, le doute sera bientôt levé, si on interroge les motifs essentiels de la loi.

2° Le législateur lui-même nous l'a dit : lorsque le père ou la mère se sont remariés, *il ne leur suppose plus la même tendresse ni la même impartialité* (M. Réal, *Exposé des motifs*, Fenet, t. X, p. 520).

Ce motif-là sans doute, est surtout puissant, lorsque le nouveau conjoint du père ou de la mère existe encore ; et particulièrement en ce qui concerne la

mère, lui laisser alors le droit de correction sur ses enfants du premier lit, c'était évidemment l'accorder à son nouveau mari, qui l'aurait seul exercé (art. 213, 396).

Mais il s'en faut beaucoup que la mort du nouvel époux fasse disparaître le danger, dont la sollicitude du législateur s'est ici préoccupée; et je soutiens au contraire, que les motifs sur lesquels sont fondés les articles 380 et 381, continuent de subsister, sinon avec une force égale, du moins avec assez de gravité encore pour que la loi ne retire pas sa protection aux enfants du premier mariage.

C'est qu'en effet, par cela même et par cela seul que le père ou la mère s'est remarié, sa situation envers ses enfants a été, dès ce moment-là, changée et altérée pour toujours. Car le père, car la mère surtout, qui se remarie, ne conserve pas pour ses enfants du premier lit cet amour complet, absolu, exclusif, qui offre tant de garanties! Car l'influence du nouvel époux même décédé, survit encore le plus souvent dans le cœur du père ou de la mère, surtout s'il y a eu des enfants du second lit!

Ajoutez que les enfants du premier lit sont eux-mêmes devenus moins respectueux, moins confiants, et dès lors aussi plus insoumis, plus difficiles à gouverner.

Il faut donc craindre les emportements, les injustices de leur père ou de leur mère, presque toujours alors aigris et irrités. Il faut craindre surtout leur partialité dans les différends et les querelles que la jalousie suscite entre les enfants du premier lit et les enfants du dernier mariage.

Non certes, la situation n'est pas redevenue ce qu'elle était avant le nouveau mariage! Et voilà pourquoi je pense que les articles 380 et 381 ne doivent pas cesser

d'être applicables (comp. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, article 380, n° 556; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 367; Demante, t. II, n° 120 *bis*, IV).

325. — 3° et 4°. Enfin, l'enfant même âgé de moins de seize ans commencés, ne peut être détenu que par voie de réquisition « lorsqu'il aura des biens person- « nels ou lorsqu'il exercera un état. » (Art. 382.)

Lorsqu'il aura des biens personnels....

Quel est le motif de cette exception?

Il est assez difficile de s'en rendre compte. Cambacérès a dit dans le Conseil d'État :

« Que si l'enfant a pour père un dissipateur, il est hors de doute que le père cherchera à le dépouiller, qu'il se vengera du refus de l'enfant, et que peut-être il lui fera acheter sa liberté. » (Locré, *Législ. civ.*, t. VII, p. 36).

Mais l'enfant, soumis à la puissance paternelle, n'a pas l'administration de ses biens, pas même de ceux dont ses père et mère n'auraient pas la jouissance légale (comp. art. 386, 387, 389); il ne peut consentir aucune aliénation, aucune obligation personnelle (art. 1124, 1305); et même par testament, il est encore incapable de disposer, puisque nous le supposons âgé de moins de seize ans (art. 904; ajoutez même aussi art. 907).

Ce motif-là n'est donc pas fondé.

Ce que l'on peut dire, c'est qu'il serait alors à craindre que le père, pour commettre quelque dilapidation, pour abattre, par exemple, des bois sur les biens de l'enfant, ne prît ce moyen de l'éloigner violemment, ou encore que pour se dispenser de lui rendre compte, il n'obtînt de lui des arrangements, des renonciations qui seraient nuls sans doute aux yeux de la loi, mais que l'enfant se croirait, en fait, obligé moralement peut-être d'observer.

On peut ajouter surtout que l'enfant propriétaire a par cela même dans la société une position qui lui mérite plus d'égards.

326. — L'exception faite en faveur de l'enfant qui exerce un état, se justifie au contraire d'elle-même.

Il fallait bien donner cette garantie à une position si digne d'intérêt et d'encouragement, et dans laquelle l'enfant se rend déjà utile à la société.

Cette hypothèse sans doute ne sera pas fréquente, puisqu'il s'agit ici de l'enfant qui n'a pas encore seize ans commencés; et c'est une raison pour ne pas se montrer trop rigoureux sur les caractères de la condition exigée par l'article 382.

327. — Dans quels cas pourra-t-on dire que l'enfant *exerce un état?*

Il ne me paraîtrait pas nécessaire pour cela qu'il fût, comme on dit, *établi*, *maître* lui-même, et à son compte; et je pense que l'article 382 serait applicable à l'enfant, qui, aux termes de l'article 387, exercerait lucrativement un travail et une industrie séparée.

328. — Deux points nous restent à résoudre, en ce qui concerne le droit de correction exercé par voie de réquisition :

A. La détention peut-elle être alors, dans tous les cas, demandée et ordonnée pour six mois?

B. Existe-t-il un mode de recours contre la décision du président, soit de la part de l'enfant, soit de la part du père?

329. — A. Sur le premier point, on pourrait soutenir que le maximum de la durée de la détention par voie de réquisition, peut, dans tous les cas, être de six mois; dans tous les cas, c'est-à-dire non-seulement lorsque l'enfant a plus de seize ans commencés, mais même lorsqu'il est au-dessous de cet âge, et que

néanmoins il ne peut pas être détenu par voie d'autorité :

1° Les articles 380, 381 et 382, d'après lesquels l'enfant, même âgé de moins de seize ans, ne peut être détenu que par voie de réquisition, ces articles se réfèrent à l'article 377, qui organise ce mode de correction ; ils s'y réfèrent entièrement, et ce renvoi les lie et les confond, en quelque sorte, avec l'article 377 ;

Or, d'après ce dernier article, lorsque la détention a lieu par voie de réquisition, le *maximum* peut être de six mois ;

Donc, les articles 380, 381 et 382 autorisent eux-mêmes cette durée de la détention.

2° C'est qu'en effet il existe une corrélation évidente, et d'ailleurs très-rationnelle entre la durée possible de la détention et le mode suivant lequel elle doit être prononcée.

Pourquoi le *maximum* n'est-il que d'un mois, lorsque la détention est ordonnée par voie d'autorité ?

Parce que c'est le père seul qui la prononce, parce qu'aucun pouvoir modérateur ne saurait ni empêcher la détention, ni même en abréger la durée.

Pourquoi, au contraire, le *maximum* est-il de six mois, lorsque la détention est demandée et ordonnée par voie de réquisition ?

Précisément par le motif contraire, parce que c'est le président alors qui en est l'arbitre, parce que s'il peut, sur la demande du père, ordonner une détention de six mois, il peut aussi la réduire à deux mois, à un mois, à quinze jours, ou même refuser tout à fait l'ordre d'arrestation ;

Or, cette garantie est toujours la même, quel que soit l'âge de l'enfant, au-dessus ou au-dessous de seize ans ;

Donc, le *maximum* de la durée de la détention reste

en effet toujours le même, lorsque c'est par le président qu'elle est ordonnée.

Je repousse absolument cette solution.

Une distinction essentielle, pour ce qui concerne la durée de la détention, est tout d'abord posée dans les articles 376 et 377.

L'enfant a-t-il moins de seize ans?

Le *maximum* est d'un mois.

Plus de seize ans?

Le *maximum* est de six mois;

Voilà la règle.

Maintenant, il est facile de prouver que les articles 380, 381 et 382 n'y apportent aucune dérogation ni par leurs textes ni par leurs motifs.

Ces articles ne se réfèrent pas, en effet, comme on le dit, *entièrement* à l'article 377 dans toutes ses parties; au contraire, ils ne lui empruntent que *la forme*, que le mode de procéder.

La preuve en résulte des articles 380, 381 et surtout 382 :

« Lorsque l'enfant aura des biens personnels ou « lorsqu'il exercera un état, sa détention ne pourra, « même au-dessous de seize ans, avoir lieu que par « voie de réquisition, *en la forme prescrite par l'arti-* « *cle* 380. »

Et quel est le motif de ces trois exceptions? Ont-elles pour but d'aggraver la position de l'enfant? Loin de là! elles lui sont toutes favorables; et c'est méconnaître la pensée du législateur que de retourner contre l'enfant lui-même des dispositions qu'il n'a introduites que pour l'entourer de plus d'égards et de ménagements.

Ajoutez enfin que la différence entre le *maximum* de la détention dans le cas de l'article 376 et son *maximum* dans le cas de l'article 377 n'est pas fondée, du moins

principalement, sur ce que la détention est ordonnée, dans le premier cas, par voie d'autorité, et, dans le second cas, par voie de réquisition.

Cette différence repose, avant tout, sur une autre considération, c'est-à-dire sur la différence même de l'âge de l'enfant dans l'une et l'autre hypothèse. On a cru avec raison, sans doute, que les écarts d'un enfant au-dessous de seize ans, seraient, en général, suffisamment réprimés par une détention d'un mois; et le maximum n'a été élevé que pour l'enfant dont l'âge plus avancé peut faire craindre des écarts plus graves.

Or, cette raison-là est absolue; elle demeure toujours la même, dès que l'enfant a moins de seize ans, quelles que soient d'ailleurs la position de son père ou de sa mère ou sa position personnelle (comp. Marcadé, art. 375, 382, n° 14; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 367).

Tel est aussi le sentiment de MM. Aubry et Rau, qui d'abord avaient enseigné la doctrine contraire (sur Zachariæ, t. IV, p. 606).

330. — B. Existe-t-il un mode de recours quelconque contre la décision du président, soit de la part de l'enfant, soit de la part du père?

De la part de l'enfant, point de doute.

L'article 382, deuxième alinéa, est ainsi conçu :

« L'enfant détenu pourra adresser un mémoire au « procureur général près la Cour impériale. Celui-ci se « fera rendre compte par le procureur impérial près « le tribunal de première instance, et fera son rap- « port au président de la Cour impériale, qui, après « en avoir donné avis au père, et après avoir re- « cueilli tous les renseignements, pourra révoquer ou « modifier l'ordre délivré par le président du tribunal « de première instance. »

L'enfant détenu, dit notre article....

Donc, cette espèce de recours n'est pas suspensif. C'est d'ailleurs ce que le rapporteur (M. Vesin) a formellement déclaré au Tribunat (Locré, *Législ. civ.*, t. VII, p. 75). Il ne s'agit pas, en effet, d'un procès véritable; la loi veut au contraire éviter tout ce qui pourrait donner à l'exercice de cette correction paternelle l'apparence d'une contestation entre le père et l'enfant. Il s'agit d'une espèce de pouvoir tutélaire exercé par le procureur général et par le premier président de la Cour impériale, comme, en première instance, par le procureur impérial et le président. Aussi est-ce officieusement que les magistrats entendent le père (ou la mère) et se procurent les renseignements nécessaires pour s'éclairer.

331. — C'est une question, diversement résolue par les auteurs, que celle de savoir si cette voie de recours, si cette espèce de droit d'appel peut être exercée par l'enfant, non pas seulement dans les deux cas prévus par l'article 382, c'est-à-dire lorsqu'il a des biens personnels ou lorsqu'il exerce un état, mais aussi dans tous les cas où la détention a été ordonnée par voie de réquisition.

Je pense, en ce qui me concerne, qu'il faut l'appliquer à tous les cas :

1° En raison, d'abord, il me paraît impossible d'indiquer même un seul motif de différence.

Comment! l'enfant, lorsqu'il a des biens personnels, pourrait se pourvoir contre la décision du président; et il ne le pourrait pas, lorsque son père est remarié! Mais, en vérité, cela serait inexplicable. Il n'est pas bien démontré que l'exception faite en faveur de l'enfant qui a des biens personnels, soit très-rationnelle; mais ce qui est au contraire évident, c'est que si un enfant a droit à toute la sollicitude de la loi, c'est celui

dont le père subit peut-être l'hostile influence d'une marâtre.

2° Juridiquement, cette voie de recours est conforme aux principes du droit commun. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 20 de la loi du 17 avril 1832, dans les affaires mêmes où les tribunaux civils ou de commerce statuent en dernier ressort, la disposition de leur jugement relative à la contrainte par corps, sera sujette à l'appel; or, il s'agit ici également, sinon précisément de la contrainte par corps dans l'acception ordinaire, mais du moins aussi d'une question de liberté individuelle; et il est conforme au vœu général de nos lois qu'une question de cette gravité ne soit pas décidée en premier ressort. L'appel, d'ailleurs, forme le droit commun; et, dans le doute, l'interprétation, qui favorise l'appel, qui donne des garanties à la liberté individuelle, cette interprétation doit être assurément préférée. Ne dites pas que nous allons affaiblir la puissance paternelle! car l'objection s'adresserait à la loi elle-même; et elle ne serait pas d'ailleurs fondée: C'est principalement contre la décision du président que la réclamation de l'enfant est dirigée, et cette réclamation est soumise à des formes qui en éloignent les dangers.

3° Sur quoi donc sont fondées les opinions dissidentes? uniquement sur les travaux préparatoires (Marcadé, t. II, art. 382, n° 4, 4°; ajout. Duranton, t. III, n° 355; Chardon, *de la Puissance paternelle*, n° 29; ajout. Demante, t. II, n° 127 *bis*).

Mais nous établirons facilement que l'argument, qu'elles y ont puisé, ne saurait l'emporter sur toutes les considérations qui précèdent.

Cambacérès fut le premier, qui exprima l'idée de ce recours contre la détention prononcée par voie de réquisition; et il ne l'accordait, en effet, d'abord qu'à

l'enfant qui a des biens personnels, dont la jouissance a été enlevée à ses père et mère. Cet amendement fut admis ; mais déjà, dès la première rédaction, nous le voyons s'étendre et s'appliquer à tout enfant qui a des biens personnels, sans distinguer si ses père et mère en ont ou n'en ont pas la jouissance.

Article 12 du projet : « Dans le cas où l'enfant aurait des biens personnels, sa détention ne pourra, quel que soit son âge, avoir lieu que par voie de réquisition...; et l'enfant détenu pourra adresser au commissaire du gouvernement près le tribunal d'appel un mémoire contenant ses moyens de défense. » (Locré, *Législ. civ.*, t. VII, p. 41.)

Le Tribunat demanda la suppression de la dernière partie de cet article, d'abord parce qu'il n'indiquait pas ce qu'aurait à faire le commissaire du gouvernement près le tribunal d'appel, et puis parce que l'article lui-même était inutile :

« En effet, non-seulement dans le cas prévu par cet article 12, mais encore dans tous les autres cas, rien ne peut empêcher l'enfant détenu d'adresser un mémoire au commissaire près le tribunal d'appel, sans que la loi s'en explique. » (Locré, t. VII, p. 46.)

Que fit ensuite le conseil d'État?

Il ne supprima point l'article; au contraire, il le compléta, il organisa véritablement un mode de recours, une sorte de droit d'appel au profit de l'enfant; et surtout il en fit l'objet d'une disposition spéciale, détachée, qui ne se confond plus, comme lors de la première rédaction, avec l'article où l'on s'occupait de l'enfant ayant des biens personnels.

Cette observation est essentielle; elle démontre que les partisans de l'opinion contraire ne sauraient argumenter de ce que la disposition qui nous occupe se trouve dans l'article 382. Il est vrai qu'elle s'y trouve;

mais c'est dans un *alinéa* distinct et comme une disposition générale et indépendante.

Qu'il y ait eu encore de la part des différents membres soit du Conseil d'État, soit du Tribunat, des assertions contradictoires sur ce sujet, cela est vrai. Ainsi, tandis que M. Réal déclare « qu'il est de toute justice, *dans cette dernière hypothèse* (c'est-à-dire lorsque l'enfant a des biens personnels), qu'il soit autorisé à se pourvoir devant le président et le commissaire du tribunal d'appel ; » (Locré, t. VII, p. 61.)

M. Vesin présente, au contraire, la disposition comme générale, en déclarant qu'elle a pour but « de prévenir et de paralyser toutes les surprises, toutes les intrigues des localités, et d'empêcher que (le droit de correction) puisse *jamais* être un moyen de despotisme. » (P. 75.)

Ces considérations, en effet, ont, dans tous les cas, la même force; et voilà pourquoi je ne voudrais pas admettre de distinction (Toullier, t. I, n° 1056; Proudhon, t. I, p. 251; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 606, 607; Massé et Vergé, t. I, p. 368; Taulier, t. I, p. 432; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, art. 382, n° 560; Allemand, *du Mariage*, t. II, n°s 1101, 1102).

332. — Le père aurait-il, de son côté, le droit de se pourvoir contre la décision du président, qui refuserait l'ordre d'arrestation ou qui abrégerait la durée de la détention par lui requise?

Il ne serait pas impossible, sans doute, que *les intrigues des localités* parvinssent aussi quelquefois à exercer auprès de ce magistrat leur influence au détriment du père lui-même.

Mais le texte n'accorde qu'à l'enfant cette voie de recours : *l'enfant détenu....* dit l'article 382; et encore avons-nous vu certains auteurs prétendre que l'enfant

lui-même ne pourrait pas l'exercer dans tous les cas (*supra*, n 331). Il ne s'agit pas, d'ailleurs, d'une instance ordinaire et véritable de laquelle on puisse dire rigoureusement que l'appel est de droit commun. Il s'agit d'un acte de puissance paternelle et d'autorité domestique, dont nos textes règlent spécialement les conditions et la limite.

333. — Mais voici ce qui arrive.

Le père demande purement et simplement au président un ordre d'arrestation; il prétend avoir le droit d'agir par voie d'autorité.

Le président pense, au contraire, que le père, dans l'hypothèse donnée, ne peut agir que par voie de réquisition.

Une difficulté, par exemple, s'élève sur l'âge de l'enfant ou sur le point de savoir s'il peut être considéré comme exerçant un état, ou enfin le père remarié est redevenu veuf, et soutient qu'il a recouvré la plénitude de son pouvoir correctionnel (*supra*, n° 322).

Le président est d'un avis contraire, et il refuse l'ordre d'arrestation.

Il me paraît évident que le père doit avoir, dans ce cas, le moyen de réclamer le droit que la résistance du président lui conteste. Son droit est écrit dans le Code; il faut donc qu'il soit garanti; il ne peut pas dépendre de la seule volonté, de la seule opinion du président.

Toute la question est de savoir quelle sera la forme à suivre.

Le mode indiqué par l'article 382, aurait bien, sans doute, quelques avantages ; il est plus prompt, il est secret; il ne rend pas nécessaire l'intervention de l'enfant lui-même.

Mais c'est là un mode de procéder exceptionnel, uniquement relatif à l'exercice non contesté de la

puissance paternelle, qui ne me paraît point applicable à la question litigieuse qui s'élève. Il peut y avoir là un point de droit susceptible d'être porté jusque devant la Cour de Cassation. Ce n'est donc que devant le tribunal et suivant les formes ordinaires que ce différend devrait être vidé.

Et comme le président, bien entendu, ne peut pas être l'adversaire du père, il faudrait nommer à l'enfant un tuteur *ad hoc* chargé de soutenir la prétention élevée dans son intérêt par ce magistrat.

334. — Les trois règles suivantes sont d'ailleurs communes au droit de correction, de quelque manière qu'il s'exerce, par voie d'autorité ou par voie de réquisition :

1° « Il n'y aura, dans l'un et l'autre cas, aucune « écriture ni formalité judiciaire, si ce n'est l'ordre « même d'arrestation, dans lequel les motifs n'en se- « ront pas énoncés.

« Le père sera seulement tenu de souscrire une sou- « mission de payer tous les frais, et de fournir les « aliments convenables. » (Art. 378.)

Point de publicité pour la répression de ces fautes qu'il importe au contraire de cacher; point de procédures qui laisseraient des traces et qui en perpétueraient le souvenir; point d'entraves enfin à l'exercice du pouvoir paternel.

La demande du père peut donc être adressée verbalement au président, sans requête, sans ministère d'avoué.

L'ordre d'arrestation, non motivé, doit seul être écrit.

335. — Mais, néanmoins, est-ce que l'agent de la force publique chargé d'exécuter l'ordre du président, ne doit pas dresser procès-verbal de l'arrestation?

Est-ce que surtout le gardien de la maison de détention ne doit pas dresser un acte d'*écrou*, et transcrire sur son registre l'ordre du président?

Il faut convenir que l'article 609 du Code d'instruction criminelle est bien général (ajout. les articles 789 et 790 du C. de procéd.); et on peut paraître autorisé à croire que, malgré l'article 378 du Code Napoléon, il faut bien que le gardien de la maison de détention transcrive l'ordre d'arrestation sur son registre (Valette sur Proudhon, t. II, p. 251, note *a*; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 554; Allemand, *du Mariage*, t. II, n° 1096).

Pourtant l'article 378 est, de son côté, formel : « Il « n'y aura *aucune* écriture ni formalité judiciaire, *si* « *ce n'est l'ordre même d'arrestation.* »

Et notez que si l'on dresse un procès-verbal d'emprisonnement et un écrou, la vérité est qu'on ne supprime rien, et qu'on fera tout autant d'écritures que pour un emprisonnement ordinaire!

Or, il ne s'agit pas d'un emprisonnement ordinaire, ou plutôt il ne s'agit pas du tout d'un emprisonnement. Le vœu de la loi n'est certes pas que l'enfant soit traité comme un *prisonnier*; le projet portait d'abord (art. 6), que l'enfant serait détenu *dans une maison de correction* (Fenet, t. X, p. 506); et précisément ces mots furent supprimés, pour faire voir qu'il n'était pas ici question de l'application d'une peine proprement dite, qui dût être subie dans les maisons de force, mais au contraire d'une mesure de discipline paternelle, pour laquelle il convenait d'établir des maisons spéciales.

« Que les enfants ne soient pas envoyés dans les maisons de correction, disait Lebrun; ce serait les envoyer au crime. » (Fenet, t. X, p. 509.)

Tel est le vœu du législateur; et très-certainement,

les mots de *détention* (art. 377), et même de *réclusion* (art. 468), qu'il emploie dans cette circonstance, n'ont aucunement leur acception spéciale et technique. Aussi, le décret du 30 septembre 1807 a-t-il autorisé les dames charitables dites du *Refuge Saint-Michel* « à recevoir dans leur maison les personnes qui seront envoyées par les pères ou conseils de famille, dans les formes établies par le Code Napoléon.... » (Art. 3.) Et à Paris, on a fondé, dans ces derniers temps, une maison spécialement affectée à la correction paternelle pour les garçons (rue de la Roquette). Les filles sont habituellement enfermées dans le couvent de la Madeleine (*voy.* les *Ordon. sur référés* de M. de Belleyme, t. I, p. 12 et suiv.).

Il faut bien sans doute que des registres soient tenus dans ces maisons, et que l'on y inscrive les noms des enfants qui y sont enfermés. C'est là une mesure d'ordre réglementaire, et même une garantie nécessaire pour la responsabilité des chefs. Mais ce ne sont pas du moins des registres de prisons, sur lesquels les noms des enfants puissent se trouver odieusement confondus avec les noms les plus coupables et les plus vils.

Ce serait donc se conformer au vœu de la loi que de dresser ainsi un registre à part pour la correction paternelle, dans les endroits où il n'existe pas de lieu spécial de détention.

Mais je voudrais qu'il n'y eût ni procès-verbal d'arrestation ni *écrou* proprement dit sur le registre même de la prison (Marcadé, t. II, art. 378, n° 4, 2°; Taulier, t. I, p. 480).

336. — Le père, d'ailleurs, doit souscrire une soumission de payer tous les frais, tels que ceux que pourraient nécessiter l'arrestation, les salaires, la location par exemple de la voiture dans laquelle l'enfant aurait été conduit, etc.

337. — On a écrit que le père était tenu de verser d'avance une somme suffisante pour fournir, pendant un mois, à l'enfant, les aliments convenables, conformément aux articles 789-5°, 791 et 800 du Code de procédure, et à l'article 28 de la loi du 17 avril 1832 (*voy.* aussi de Belleyme, *Ordon. sur référés*, t. I. p. 12).

Dans le second alinéa de l'article 378, dit Marcadé, les mots : *et de fournir*, se rapportent, non pas au mot *soumission*, mais au mot *tenu* (t. II., art. 378, n° 4-3°).

Mais d'abord cette interprétation de l'article 378 ne paraît pas conforme à l'intention des rédacteurs; voici en quels termes le projet primitif s'exprimait :

Article 2. «.... Après avoir fait souscrire par le père une soumission de payer tous les frais et de fournir les aliments convenables. » (Fenet, t. X, p. 479.)

Or, rien n'annonce que, par la nouvelle rédaction, ils aient voulu que la soumission souscrite par le père ne s'appliquât qu'aux frais, tandis que les aliments, au contraire, devraient être consignés d'avance.

Et, quant aux articles 789 et autres du Code de procédure, j'ai déjà répondu qu'il ne s'agit pas ici d'un emprisonnement ordinaire. Que le créancier qui, dans son propre intérêt, fait incarcérer le débiteur, soit tenu rigoureusement de consigner les aliments, et qu'à défaut de cette consignation, le débiteur soit immédiatement élargi, rien de plus simple. Mais la correction paternelle est toute différente; c'est dans l'intérêt de l'enfant, dans l'intérêt des familles et de l'État lui-même qu'elle a été instituée; et il ne faudrait pas dès lors imposer aux pères des conditions telles qu'elles lui rendraient fort souvent impossible l'exercice de son autorité (Taulier, t. I, p. 480).

338. — Nous voyons même que l'Administration dispense le père de faire la soumission prescrite par

l'article 378 « lorsqu'il résulte de l'attestation du juge « de paix et du maire, ou du commissaire de police « qu'il est dans l'impossibilité de payer les aliments. » (De Belleyme, *Ordon. sur référés,* t. I, p. 12 et suiv.)

On pourrait objecter, il est vrai, que cette obligation, qui est imposée par la loi elle-même, a pu paraître une garantie contre les abus du droit de correction, et qu'elle protége l'enfant contre l'avarice du père, qui serait tenté de le faire enfermer pour se dispenser de le nourrir.

Cette considération, toutefois, ne me paraît que secondaire ; il n'est que trop vrai que beaucoup de pères, non-seulement ne pourraient pas verser d'avance la somme nécessaire pour les aliments, mais ne pourraient pas même nourrir leur enfant à part et en dehors du logis commun. L'Administration, en les dispensant des frais d'aliments, me semble donc bien comprendre l'importante mission de la puissance paternelle.

339. — 2° « Le père est toujours maître d'abréger « la durée de la détention par lui ordonnée ou requise. » (Art. 379.)

Le droit de grâce est un attribut essentiel de la puissance paternelle, de cette puissance toute de tendresse et de dévouement ; et le législateur a bien fait de lui en laisser le plein et libre exercice. L'enfant n'en aura que plus de reconnaissance envers son père, auquel seul il devra ce pardon.

Aussi le père est-il exclusivement juge du repentir de l'enfant, et de toutes les autres circontances telles par exemple que l'altération de sa santé, etc., qui peuvent le déterminer à abréger sa détention. C'est lui seul qui prononce toujours à cet égard, non-seulement lorsqu'il a, je ne dis pas *ordonné*, avec l'article 379 (le père n'ordonne pas), mais demandé au prési-

dent l'ordre d'arrestation par voie d'autorité, mais même lorsqu'il n'a agi que par voie de réquisition.

340. — Il est bien clair que le père pourrait *a fortiori*, ne pas faire exécuter du tout l'ordre d'arrestation.

341. — 3° « Si après sa sortie, l'enfant tombe dans « de nouveaux écarts, la détention pourra être de nou- « veaux ordonnée de la manière prescrite aux articles « précédents » (Art. 379, 2e partie.)

A s'en tenir à la rédaction littérale de cet article, on pourrait penser peut-être que le père n'aurait le droit de renouveler la correction de son enfant par voie de détention, qu'autant qu'il aurait abrégé la durée de la première détention. La seconde partie de l'article 379 semblerait effectivement faire suite à la première.

Mais une telle disposition ne serait véritablement pas raisonnable; et il est impossible de la prêter au législateur.

En vain on dirait que l'enfant, qui avait déjà obtenu le pardon d'une première faute, est par cela même plus coupable.

La question n'est pas là !

Il s'agit de savoir si l'enfant même, dont la première détention n'a pas été abrégée, ne peut pas commettre de nouveaux écarts assez graves pour nécessiter une détention nouvelle;

Or, cela est évident; et cela sera même peut-être d'autant plus à craindre que précisément il n'a pas su mériter son pardon, et que tout annonce un enfant très-insoumis et très-difficile;

Donc, *a fortiori*, le père a le droit de renouveler alors la correction.

La preuve en est aussi dans l'article 376, qui ne limite pas à une seule fois l'exercice du droit de correction, mais qui l'accorde dans les termes les plus gé-

néraux, et par conséquent aussi pour les cas de récidive.

342. — Et le père peut faire détenir de nouveau l'enfant, soit par voie d'autorité, soit par voie de réquisition, suivant la distinction que nous avons exposée plus haut.

343. — Demante pose toutefois en question le point de savoir si, « lors même que l'enfant a moins de seize ans, le président doit alors délivrer l'ordre d'arrestation sur la simple demande du père, et si celui-ci ne devrait pas prouver les nouveaux écarts de l'enfant? » (*Programme*, t. I, n° 374.)

Mais la négative nous paraît certaine :

1° L'article 379, en déclarant que *si après sa sortie, l'enfant tombe dans de nouveaux écarts*, la détention pourra être de nouveau ordonnée, cet article ne fait pas de ces nouveaux écarts une condition, dont l'accomplissement devrait être apprécié par le président; il s'en remet au père lui-même ou au président, suivant les cas, comme avait fait déjà l'article 375, en déclarant que : « *le père, qui aura des sujets de mécon-* « *tentement très-graves sur la conduite de son enfant*, aura « les moyens de correction suivants. » C'est un conseil; c'est une recommandation que la loi adresse au père lui-même.

2° L'article 379 porte que la détention pourra être de nouveau ordonnée *de la manière prescrite aux articles précédents ;*

Or, ces mots comprennent les articles 376 et 377, c'est-à-dire qu'ils renouvellent formellement la distinction entre la voie d'autorité et la voie de réquisition.

3° Enfin les travaux préparatoires lèveraient au besoin toute espèce de doute.

L'article 3 du projet, qui seul s'occupait d'abord de la durée de la détention, était ainsi conçu :

« La détention ne pourra, pour la première fois, excéder six mois; elle pourra durer une année, si l'enfant, redevenu libre, retombe dans les écarts qui l'avaient motivée.

« Dans tous les cas, le père sera le maître d'en abréger la durée. » (Fenet, t. X, p. 479.)

Ce projet accordait au père le droit d'agir seul par voie d'autorité, sans distinguer si l'enfant avait plus ou moins de seize ans; et on voit qu'il le lui accordait même dans le cas de récidive;

Or le projet a été modifié seulement en ce qui concerne l'âge plus ou moins avancé de l'enfant, et la distinction qui en résulte entre la voie d'autorité et la voie de réquisition;

Mais dans tous les cas où le père, d'après cette distinction, peut agir par voie d'autorité, et par conséquent aussi en cas de récidive, son pouvoir est resté le même.

B. — *Du droit de correction exercé par la mère.*

344. — L'article 381 va maintenant nous dire les modifications que reçoit le droit de correction, lorsque c'est la mère qui est appelée à l'exercer :

« La mère survivante et non remariée ne pourra « faire détenir un enfant qu'avec le concours des deux « plus proches parents paternels, et par voie de réqui- « sition, conformément à l'article 377. »

La mère survivante....

Nous avons dit ailleurs dans quels cas la mère est appelée à exercer la puissance paternelle (*supra*, n°s 296-299). Ce n'est pas seulement lorsque le père est mort, mais encore toutes les fois qu'il est dans l'impossibilité juridiquement reconnue de l'exercer lui-même (Chardon, *Puiss. patern.*, n°s 70, 71).

345. — La mère survivante *et non remariée....*

Donc la mère remariée n'a plus le droit de faire détenir son enfant, même par voie de réquisition.

Soumise elle-même à l'autorité de son nouvel époux, ce n'est pas elle, en fait, qui aurait exercé le droit de correction sur ses enfants ; il fallait donc le lui enlever, pour ne pas le laisser tomber dans les mains d'un nouveau mari, étranger et quelquefois même hostile aux enfants.

346. — Remarquons seulement que, si la mère remariée avait été maintenue dans la tutelle, elle pourrait, comme tutrice, de concert avec son nouveau mari et avec l'autorisation du conseil de famille, exercer le droit de correction, conformément à l'article 468, sur lequel nous reviendrons plus bas.

347. — La mère, redevenue veuve, recouvre-t-elle le droit de correction sur ses enfants du premier lit?

J'ai discuté plus haut cette question controversée (*supra*, n°s 322-324).

348. — Il est bien entendu que toutes les fois que la mère, par une cause quelconque, décès, absence ou interdiction du mari, etc., exerce le droit de correction, elle ne peut l'exercer qu'avec les modifications auxquelles la loi en soumet l'exercice dans sa personne. Ce que l'article 381 dit à cet égard, par forme d'énonciation, de la mère survivante, est évidemment applicable dans les cas où, même du vivant du père, l'exercice du droit de correction lui échoit (*voy.* notre *Traité de l'Absence*, n° 313).

Examinons donc ces modifications.

349. — La mère en général est plus faible que le père, plus accessible aux influences étrangères, plus prompte à s'alarmer, à céder à des résolutions irréfléchies. Il fallait donc la défendre contre elle-même, contre ses entraînements, la protéger aussi dans le cœur

même de son enfant, contre toute apparence de précipitation et d'injustice.

Voilà pourquoi la loi déclare qu'elle ne peut exercer le droit de correction :

1° Que par voie de réquisition; la distinction entre la voie d'autorité et la voie de réquisition lui est donc tout à fait étrangère, quels que soient l'âge et la position de l'enfant;

2° Qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels.

350.—*Avec le concours*, dit notre texte (art. 381).

Donc, il faut leur consentement même et non pas seulement leur avis; le refus de concours de la part des deux parents paternels ou même de l'un des deux devrait faire rejeter la demande de la mère. La réquisition, dit M. de Belleyme, doit être collective (*Ordonn. sur référés*, t. I, p. 14, not. 2; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 605; Massé et Vergé, t. I, p. 368; Taulier, t. I, p. 483).

351. — Cette condition doit toutefois être appliquée avec intelligence et de manière à ne pas en rendre l'accomplissement trop difficile et quelquefois même impossible. Tel ne saurait être l'esprit de la loi.

Si donc les deux plus proches parents paternels demeuraient à une distance telle, qu'il ne fût pas raisonnablement possible d'obliger la mère à obtenir leur concours, je pense qu'ils pourraient être remplacés par des parents d'un degré plus éloigné, mais habitant les mêmes lieux que la mère; on pourrait, par analogie, s'appuyer sur l'article 407.

352. —Et même, en cas d'urgence, le concours de deux amis pourrait suffire dans tous les cas, c'est-à-dire lors même qu'il y aurait des parents domiciliés à peu de distance (de Belleyme, *Ordon. sur référés*, t. I, p. 14, note 3).

353. — Mais supposons qu'il n'y ait point du tout de parents paternels.

Cette hypothèse a été très-diversement résolue.

Les uns ont dit :

La mère ne peut exercer le droit de correction que sous une condition; à savoir, avec le concours de deux parents paternels;

Or, l'absence de parents paternels rend impossible l'accomplissement de cette condition, à laquelle son droit est subordonné;

Donc, ce fait rend par cela même impossible pour la mère l'exercice du droit de correction (Proudhon, t. II, p. 247; Allemand, *du Mariage*, t. II, n° 1091).

D'autres ont raisonné tout autrement :

La puissance paternelle appartient, en principe, à la mère aussi bien qu'au père; il est vrai que l'article 381 lui impose une certaine condition pour l'exercice du droit de correction; mais il ne la lui impose évidemment qu'autant que cette condition est possible à remplir;

Or, l'absence de tout parent paternel en rend l'accomplissement impossible;

Donc, la mère rentre alors dans la plénitude de ses pouvoirs, et elle a par elle-même et par elle seule une autorité suffisante pour requérir la détention (Ducaurroy, t. I, n° 557).

Tel paraît être aussi le sentiment de M. Taulier, qui, après avoir écrit qu'à défaut de parents paternels, il convient que la mère s'adresse à deux amis du père, ajoute : « Toutefois, dans le silence de la loi, elle n'y est pas obligée; seulement le président du tribunal devra user de plus de circonspection. » (T. I, p. 483; *voyez* aussi Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 368.)

Je n'admets ni l'une ni l'autre des opinions qui précèdent.

Priver entièrement la mère de son pouvoir correctionnel, parce qu'il n'existe pas de parents paternels, c'est-à-dire pour une cause qui lui est tout à fait étrangère, c'est méconnaître son droit à elle-même, et aussi le véritable intérêt de son enfant.

Lui laisser au contraire à elle-même et à elle seule le plein et libre exercice de ce pouvoir, c'est méconnaître la sagesse de la loi qui a voulu l'entourer de garanties.

Ce qu'il y a de mieux à faire, selon nous, pour concilier tous les droits et tous les intérêts, c'est de remplacer alors les deux parents paternels par deux alliés ou deux amis du père. L'article 381 n'a fait que poser la règle; et il s'en est remis, pour l'intelligente application de cette règle dans ses détails, aux analogies du droit commun; or, il est conforme au droit commun en cette matière, que les parents soient remplacés par les alliés et les alliés par des amis (arg. des articles 407-409).

On objecte que « ce choix purement arbitraire (des amis) n'offrira aucune garantie sérieuse. »

Eh! pourquoi donc pas?

Pourquoi, par exemple, deux membres du conseil de famille ne mériteraient-ils aucune confiance? et s'il n'y a pas de conseil de famille organisé (parce que le père seulement interdit existerait encore), pourquoi récuser si absolument deux alliés ou amis du père qui seront désignés par le juge de paix (arg. des articles 407, 408), ou même par le président du tribunal pour assister la mère?

C'est inutile, dit-on; la mère ne pouvant agir que par voie de réquisition, c'est le président seul qui prononce, et son pouvoir d'appréciation offre une suffisante garantie.

Cette objection va trop loin.

C'est aussi le président du tribunal qui prononce, lorsqu'il existe des parents paternels; et pourtant la loi exige que la mère n'agisse qu'avec leur concours.

C'est aussi le président du tribunal qui prononcerait dans le cas où la mère se serait remariée ; et pourtant la mère remariée ne peut plus même agir par voie de réquisition.

Donc, la loi a pensé que, malgré la garantie très-rassurante sans doute que présente le pouvoir appréciateur du président, il était utile en outre, dans certains cas, que la demande de détention exercée même par voie de simple réquisition, fût entourée de certaines précautions.

C'est qu'en effet cette demande a déjà elle-même une grande influence auprès du président; c'est que très-souvent le président ne connaît ni l'enfant, ni sa mère, ni les circonstances du fait (de Belleyme, *Ordonn. sur référés*, t. I, p. 14; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 605; Valette sur Proudhon, t. II, p. 247, note *a*; Demante, t. II, n° 126 *bis*, III).

354. — La mère a-t-elle le droit d'abréger la durée de la détention de son enfant, conformément à l'article 379?

Trois opinions sont en présence :

A. La première refuse absolument à la mère le droit de pardonner à son enfant.

L'article 379 par lui-même ne concerne que *le père;* il précède d'ailleurs l'article 381, lequel ne s'y réfère par aucune mention. La mère, enfin, a moins de fermeté et de mesure; on a pu craindre qu'elle ne compromît son autorité par des pardons irréfléchis, immédiats peut-être, et qui ne feraient qu'enhardir de plus en plus l'enfant en lui révélant la faiblesse de sa mère (Proudhon, t. I, p. 247).

355. — B. Une seconde opinion accorde à la mère

le droit d'abréger la durée de la détention, mais seulement avec le concours des deux plus proches parents, de l'avis desquels la détention a été requise.

Ce mode est, dit-elle, logique; il fait cesser la détention par les mêmes formes qui sont employées pour l'opérer, et il éloigne ainsi le danger signalé par l'opinion qui précède. La mère ne pouvant faire sortir son enfant qu'avec le concours des deux parents paternels (ou alliés ou amis), on n'a plus à craindre ni pardon imprudent ni faiblesse (Marcadé, t. II, art. 379, n° 3; Taulier, t. I, p. 483; Allemand, *du Mariage et de ses effets*, t. II, n° 1100).

356. — C. Enfin, une dernière opinion que je propose, enseigne que la mère peut seule, aussi bien que le père, abréger la durée de la détention.

Une chose d'abord me paraît certaine, c'est qu'il faut que la mère ait le droit, d'une manière ou de l'autre, de faire sortir son enfant de la maison où il est détenu.

Comment! cet enfant témoignerait le plus vrai et plus touchant repentir; il aurait par ses protestations, par ses larmes, expié très-suffisamment sa faute; et sa mère ne pourrait pas, et nul ne pourrait (excepté donc le pouvoir suprême de l'État, en vertu de son droit constitutionnel de grâce) abréger la durée de sa punition!

Non, cela n'est pas possible; et je rejette sans hésiter la première opinion.

Bien plus, je rejette aussi la seconde, qui voudrait entraver l'exercice de ce droit de grâce dans la personne de la mère; et mon avis est qu'elle peut l'exercer toute seule :

En principe, la puissance paternelle est commune au père et à la mère (art. 372). Si le Code Napoléon dans les six articles qui règlent l'exercice du droit de correction (art. 375-380), mentionne seulement le père, c'est que le père, en effet, exerce seul cette puissance en

première ligne (art. 373); mais ces articles déterminent les attributs de la puissance paternelle elle-même, et non pas exclusivement les attributs personnels du père.

D'où il suit que ces articles sont applicables à la mère, à l'exception seulement des modifications qu'un texte spécial y aurait faites en ce qui la concerne;

Or, l'article 381 n'a modifié le droit de correction en ce qui concerne la mère, que sous le rapport du mode de son exercice; l'article 381 ne déroge, sous ce rapport, qu'aux articles 377 et 380;

Donc, les articles 378 et 379 demeurent applicables à la mère.

Tout le monde en convient, quant à l'article 378.

Mais alors je demande comment il est possible de le nier quant à l'article 379?

On voudrait du moins que pour faire sortir l'enfant, la mère obtînt le concours des deux plus proches parents paternels.

C'est, selon moi, méconnaître l'article 381; c'est en étendre abusivement la portée.

Pourquoi l'article 381 demande-t-il le concours de deux parents?

Pour faire détenir l'enfant.

De quoi s'agit-il au contraire dans notre hypothèse?

De le faire sortir.

Donc, l'article 381 n'est pas applicable.

Et il ne l'est pas plus dans ses motifs, dans son but, que dans ses termes.

Autre chose est apparemment la sévérité et la punition.

Autre chose, l'indulgence et le pardon!

Je conçois très-bien que la loi prenne contre l'excès, contre l'abus possible de la sévérité, des garanties qui ont pu lui paraître inutiles contre la clémence.

Et c'est bien là ce que nous voyons ici à chaque pas.

Est-ce que le père peut faire seul détenir son enfant, âgé de seize ans commencés, ou même au-dessous de seize ans , lorsqu'il a un état ou des biens personnels, ou encore lorsque lui-même est remarié? non; il ne peut agir alors que par voie de réquisition, et c'est le président qui prononce.

Eh bien! au contraire, dans tous les cas, le père peut seul pardonner à son enfant.

Il en est absolument de même de la mère.

Est-ce que, d'ailleurs, la mère n'est pas libre de requérir ou de ne pas requérir la détention? Est-ce que les parents pourraient l'y contraindre, l'y provoquer?

Non, sans doute.

Est-ce que même, après qu'elle a obtenu, de concert avec eux, l'ordre d'arrestation, elle n'est pas libre, elle-même et elle seule, entièrement libre de ne pas le faire mettre à exécution?

Oui, sans doute, encore.

Eh bien! notre question est résolue par cela même; car si la mère a seule ce droit, elle a le droit aussi nécessairement de faire sortir seule son enfant déjà détenu.

C'est que le droit de grâce est en effet de l'essence de la puissance paternelle (*supra*, n° 339); c'est qu'il faudrait un texte bien formel pour le refuser à la mère, ou même seulement pour en gêner ou en suspendre dans ses mains l'exercice; c'est qu'enfin, si l'on peut craindre la faiblesse de la mère et de trop faciles pardons, il est permis, certes, d'espérer aussi que le cœur de l'enfant sera touché, et qu'il en deviendra, non pas plus insoumis, mais plus respectueux et plus docile (de Belleyme, *Ordonn. sur référés*, t. I, p. 14, 15; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 607; Massé et Vergé, t. I, p. 369; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing,

t. I, art. 379, n° 555; Valette sur Proudhon, t. I, p. 247, note *b;* Demante, t. II, n° 126 *bis*, I).

557. — C'est une question assurément très-délicate que celle de savoir si les père et mère étrangers, lorsqu'ils n'ont pas été autorisés à établir leur domicile en France, aux termes de l'article 13, et lorsqu'ils n'y jouissent pas dès lors des droits civils, peuvent invoquer les articles 375 et suivants, et faire détenir leur enfant soit par voie de réquisition, soit même par voie d'autorité.

Régulièrement, les lois personnelles françaises ne régissent que les Français (art. 3; *voy.* notre t. I, n°s 98, 99);

Or, les articles 375 et suivants, qui organisent le pouvoir correctionnel des père et mère, appartiennent à l'ordre des lois personnelles; ils s'occupent directement, principalement, ou plutôt même exclusivement des personnes;

Donc, ils ne peuvent pas régir les rapports des père et mère étrangers envers leur enfant.

Le syllogisme est en forme; et je conviens qu'il me cause beaucoup d'hésitation.

Mais pourtant ne peut-on pas répondre :

Les lois de police et de sûreté sont applicables à tous ceux qui habitent le territoire (art. 3); et nous savons que sous cette dénomination, il faut comprendre, non pas seulement les lois répressives des crimes et délits qualifiés, mais toutes les lois qui ont pour but l'ordre public du pays, le bon ordre des familles et de l'État (*voy.* notre t. I, n° 70);

Or, les articles 375 et suivants n'ont-ils pas ce caractère? Ne peut-il pas être parfois nécessaire de faire renfermer un enfant indisciplinable, afin de prévenir peut-être des délits qualifiés, afin de garantir la sûreté du père, et même la tranquillité publique?

Ces motifs ne sont-ils pas assez graves pour que nous accordions aux père et mère étrangers l'exercice de ce pouvoir correctionnel?

Je suis porté à le penser (*infra*, n° 486).

SECTION III.

DE QUELLES MANIÈRES LA PUISSANCE PATERNELLE (SUR LA PERSONNE DE L'ENFANT) PREND-ELLE FIN? ET DANS QUELS CAS L'EXERCICE PEUT-IL EN ÊTRE ENLEVÉ SOIT AU PÈRE, SOIT A LA MÈRE, OU DU MOINS SUSPENDU OU MODIFIÉ DANS LEURS MAINS?

SOMMAIRE.

358. — La puissance paternelle a pour terme normal et nécessaire la majorité de l'enfant.

359. — Mais elle peut cesser avant ce temps, soit par l'émancipation de l'enfant, soit par la déchéance qui serait prononcée contre les père et mère.

360. — L'article 335 du Code pénal est le seul qui, dans nos lois, prononce cette déchéance. — Texte de cet article. — Comment la déchéance s'opère-t-elle?

361. — Lorsque le père ou la mère ne s'est rendu coupable du délit prévu par les articles 334 et 335 Code pénal qu'envers l'un de ses enfants, est-il privé de la puissance paternelle sur la personne et sur les biens de ses autres enfants?

362. — On peut même mettre en question si, à l'égard de l'enfant envers lequel le délit a été commis, le père ou la mère est entièrement déchu de tous ses droits de puissance paternelle?

363. — La dégradation civique entraîne-t-elle la déchéance de la puissance paternelle?

364. — *Quid*, de l'interdiction légale prononcée par l'article 29 du Code pénal?

365. — *Quid*, si le père ou la mère se livre envers l'enfant à des violences, à de mauvais traitements?

366. — Les dispositions du Code pénal seraient-elles applicables au père ou à la mère, si le fait commis par eux envers l'enfant constituait un crime ou un délit?

367. — Suite. — *Quid*, si le père ou la mère ne pourvoit pas à la nourriture, à l'entretien, ou à l'éducation de son enfant? — ou si la maison paternelle est un lieu de débauche et de dépravation?

368. — Suite.

369. — En quoi consiste le pouvoir réglementaire des magistrats pour

réprimer les abus de la puissance paternelle? — Fondement, étendue et limites de ce pouvoir.

370. — Application de ce pouvoir en ce qui concerne la garde de la personne et l'éducation de l'enfant. — Il faut distinguer ici trois hypothèses.

371. — Première hypothèse: Les père et mère existent et ne sont pas séparés de corps. — La garde de l'enfant peut-elle alors être enlevée au père? — Peut-elle être confiée à la mère? — Indication des mesures que les tribunaux peuvent ordonner dans l'intérêt de l'enfant.

372. — *Quid*, si le père ou la mère négligeait absolument l'éducation de l'enfant, en ne lui donnant qu'un genre d'éducation évidemment en désaccord avec leur fortune et leur position sociale?

373. — Deuxième hypothèse: Les père et mère sont séparés de corps. — Renvoi.

374. — Troisième hypothèse: L'un des deux époux étant décédé, la puissance paternelle est exercée par le survivant, tuteur ou non tuteur, remarié ou non remarié. — Alors s'élève un nouveau pouvoir, la tutelle, qui coexiste avec la puissance paternelle.

375. — Les droits de la puissance paternelle sont plus étendus que ceux de la tutelle. — Comparaison.

376. — Dans le concours de la puissance paternelle et de la tutelle, deux cas sont possibles: 1° le cas où le survivant est tuteur; 2° le cas où la tutelle est exercée par un autre que par le survivant.

377. — 1° Lorsque le survivant est tuteur, il réunit, dans ses mains, une double autorité : la puissance paternelle et la tutelle. — En vertu de laquelle peut-il agir?

378. — Suite.

379. — 2° Lorsque le père ou la mère survivant n'est pas tuteur, les deux pouvoirs sont représentés par deux personnes différentes. La puissance paternelle par le survivant; la tutelle, par le tuteur, parent ou étranger.

380. — Auquel des deux, dans ce cas, doit être confiée la garde de l'enfant et son éducation?

381. — Le père prémourant pourrait-il imposer des conditions à la mère dans l'exercice de la puissance paternelle?

382. — Suite.

383. — Suite. — Conclusion.

384. — L'époux survivant, lors même qu'il se remarie, conserve toujours la garde et le soin de l'éducation des enfants de son premier mariage.

385. — Cette proposition est vraie non-seulement à l'égard du père survivant, mais aussi à l'égard de la mère.

386. — La circonstance que le père ou la mère survivant ne sera pas tuteur ou sera remarié, pourra donner lieu plus souvent à des mesures particulières dans l'intérêt de l'enfant.

387. — Suite.
388. — Suite.
389. — Suite.
390. — Des mesures que les tribunaux pourront alors ordonner. — Renvoi.
391. — L'avis du conseil de famille est toujours, dans ces circonstances, l'un des meilleurs éléments de décision.
392. — Les mesures ordonnées par les magistrats ont alors un caractère provisoire et temporaire.
393. — De la jurisprudence ancienne sur cette matière.
394. — De la jurisprudence nouvelle.
395. — *Quid*, si un père s'oppose à ce que son enfant ait aucune communication avec son aïeul?
396. Lorsque le tribunal a décidé qu'une tierce personne serait chargée de la garde de l'enfant, cette personne est-elle tenue d'accepter cette mission?
397. — Quelles personnes ont qualité pour provoquer ces mesures dans l'intérêt de l'enfant? Du cas où la tutelle est ouverte.
398. — Suite. — Du cas où la tutelle n'est pas ouverte encore.
399. — Le ministère public aurait-il qualité pour demander ces sortes de mesures au tribunal dans l'intérêt de l'enfant?
400. — L'enfant lui-même a-t-il qualité pour avertir le juge de paix?
401. — Suite. — Bien plus, l'enfant ne peut-il pas se pourvoir devant le tribunal, s'il est en âge de discernement?
402. — Les magistrats ont-ils aussi un pouvoir réglementaire, relativement aux autres attributs de la puissance paternelle, savoir : 1° au droit de correction; 2° au droit d'émancipation; 3° au droit qu'ont les père et mère de donner ou de refuser leur consentement au mariage de leur enfant?
403. — Est-il possible d'empêcher, de la part du père ou de la mère, l'abus du droit de correction?
404. — Suite. — Le père ou la mère, auquel la garde de l'enfant a été enlevée, perd-il, par cela seul et nécessairement, le droit de correction?
405. — Le père (ou la mère) perd-il, dans les mêmes circonstances, la faculté d'émanciper l'enfant?
406. — *Quid*, du droit qui appartient au père et à la mère de donner ou de refuser leur consentement au mariage ou à l'adoption de leur enfant?

358. — La puissance paternelle a pour terme normal et nécessaire la majorité de l'enfant (art. 372).

359. — Mais elle peut finir avant ce temps :

Soit par l'émancipation de l'enfant (art. 372, 476 et suiv.);

Soit par la déchéance, qui serait prononcée contre le père ou la mère.

360. — Il n'existe, dans l'état actuel de nos lois, qu'un seul texte qui prononce cette déchéance; c'est l'article 335 du Code pénal :

« Si le délit (d'attentat aux mœurs, etc., *voy.* l'ar-
« ticle 334) a été commis par le père ou la mère, le
« coupable sera de plus privé des droits et avantages
« à lui accordés sur la personne et les biens de l'en-
« fant par le Code Napoléon, livre, I, titre IX, *de la*
« *Puissance paternelle.* »

La déchéance de la puissance paternelle résulte alors de plein droit de la condamnation encourue par le père ou la mère comme coupable du délit puni par l'article 334. Il n'est pas nécessaire que le jugement de condamnation la prononce; elle est la conséquence légale et l'accessoire tacite de la peine principale (Carnot, Commentaire du Code pén. sur l'article 335, n° 3; *voy.* aussi notre t. I, n°s 190, 191).

361. — On a enseigné que lors même que le père ou la mère ne se serait rendu coupable de ce délit qu'envers l'un de ses enfants, il n'en serait pas moins privé de la puissance paternelle sur la personne et sur les biens de ses autres enfants (Duranton, t. III, n° 384; Taulier, t. I, p. 492).

Et si cette doctrine était exacte, il faudrait, en effet, appliquer la déchéance d'une manière absolue, soit qu'il s'agît d'enfants du même lit ou de lits différents, d'enfants déjà nés au moment du délit, ou nés postérieurement.

La loi, sans doute, aurait pu très-justement retirer toute sa confiance, et frapper d'une destitution complète le parent convaincu d'un acte aussi

odieux d'immoralité sur la personne de l'un de ses enfants.

Mais ce qu'elle aurait pu, ce qu'elle aurait dû faire même, si vous voulez, l'a-t-elle fait?

Je ne le crois pas.

Il s'agit ici de l'application d'une loi pénale qui ne saurait être étendue au delà de ses termes; or, les termes de l'article 335 me paraissent n'appliquer la déchéance *qu'aux droits et avantages accordés sur la personne et les biens* DE L'ENFANT, c'est-à-dire de l'enfant lui-même et lui seul, envers lequel le père ou la mère a commis le délit. La loi s'exprime toujours autrement, lorsque ses dispositions doivent comprendre tous les enfants (art. 34-4°, et 42-6°, C. pén., etc.; Carnot, sur l'art. 335, n° 5; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 614, 617; Massé et Vergé, t. I, p. 373).

362. — On peut même mettre en question si, à l'égard de l'enfant envers lequel le délit a été commis, le père (ou la mère) est entièrement déchu de tous ses droits de puissance paternelle?

Pourrait-il encore l'émanciper? (Art. 477.)

Son consentement ou son conseil est-il encore nécessaire pour le mariage ou l'adoption de l'enfant? (Art. 148, 346.)

M. Valette paraît enseigner que la déchéance est absolue, et que le père ou la mère, coupable du délit mentionné dans les articles 334 et 335, ne conserve aucun des attributs de la puissance paternelle (sur Proudhon, t. II, p. 351, note *a*).

Cette solution est sans doute conforme à la raison, à l'intérêt public, comme aussi à la volonté probable du législateur; et je suis très-porté à l'adopter moi-même.

Il est regrettable toutefois que les termes, dont la

loi s'est servie, nous laissent sur ce point en présence d'une objection infiniment grave.

Aux termes de l'article 335, le père ou la mère coupable est privé des droits et avantages à lui accordés sur la personne et les biens de l'enfant par le Code Napoléon, livre I, titre IX, *de la Puissance paternelle ;*

Or, le droit de donner ou de refuser un consentement au mariage ou à l'adoption de l'enfant, le droit de l'émanciper sont accordés au père ou à la mère, non pas dans le titre IX, *de la Puissance paternelle,* mais dans le titre V, *du Mariage ;* dans le titre VIII, *de l'Adoption,* et dans le titre X, *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation ;*

Donc, l'article 335 ne lui enlève pas ces droits : et comme il s'agit d'une loi pénale, elle ne saurait être étendue.

Il faut avouer que nous n'avons pas de réponse nette et catégorique contre cet argument de texte.

Au reste, en ce qui concerne du moins la faculté d'émanciper l'enfant, dont la garde est désormais retirée au père ou à la mère coupable, on pourrait la leur enlever par un autre moyen (*infra*, n° 405).

363. — La dégradation civique n'entraîne pas la déchéance de la puissance paternelle, pas plus qu'elle n'entraîne, ainsi que nous l'avons remarqué ailleurs, la déchéance de la puissance maritale (*voy.* notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps,* t. II, n° 216).

L'article 34 du Code pénal énumère, en effet, limitativement, les incapacités qui résultent de la dégradation civique ; or, il n'y est point question de la puissance paternelle.

Il est vrai que cet article prononce contre l'individu frappé de la dégradation civique :

« L'incapacité de faire partie d'aucun conseil de « famille, et d'être tuteur, curateur, subrogé tuteur ou

« conseil judiciaire, si ce n'est de ses propres enfants « et sur l'avis conforme de la famille. » (N° 4.)

Mais autre chose est la tutelle, autre chose la puissance paternelle. Ce sont deux pouvoirs distincts ; et la déchéance qui ne s'applique qu'à l'un d'eux, ne pourrait être étendue à l'autre.

C'est ainsi que les tribunaux correctionnels, qui peuvent, aux termes de l'article 42 du Code pénal, interdire *au condamné* « l'exercice du droit d'être tuteur, « curateur, si ce n'est de ses enfants et sur l'avis seu- « lement de la famille, » ne pourraient pas lui interdire l'exercice de la puissance paternelle (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 617).

364. — Quant à l'interdiction légale prononcée par l'article 29 du Code pénal, elle n'anéantit certainement pas, dans la personne des père et mère, le droit de puissance paternelle; et peut-être pourrait-on soutenir qu'elle n'en suspend pas même l'exercice; car nous avons remarqué que cette interdiction toute spéciale avait particulièrement pour but de pourvoir à l'administration des biens du condamné (comp. notre *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, etc., n° 192).

Toutefois nous pensons que l'exercice de la puissance paternelle est alors suspendu pendant la durée de la peine; la loi a dû vouloir d'autant plus suspendre, dans la personne du condamné, l'exercice de cette magistrature domestique, que le plus souvent cet exercice lui serait, même en fait, presque impossible (*voy.* notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n° 44, et t. II, n 216).

365. — L'article 335 du Code pénal est, avons-nous dit, le seul texte législatif qui prononce, dans le cas par lui prévu, la déchéance de la puissance paternelle contre le père ou la mère.

En faut-il conclure que, sauf cette unique exception, le père et la mère doivent toujours conserver cette puissance, la conserver dans la plénitude de ses attributs, sans que les tribunaux puissent jamais en restreindre ou en modifier l'exercice?

Une telle conclusion serait évidemment inadmissible.

Supposons par exemple que le père ou la mère se livre envers un enfant aux plus graves excès, à des violences, à des brutalités intolérables!

366. — Mais, direz-vous, la loi n'est pas muette pour cette hypothèse; et le parent sera poursuivi criminellement ou correctionnellement par le ministère public.

Sans doute, je crois aussi tout à fait que le Code pénal est alors applicable, et que le père ou la mère qui commet envers son enfant un fait qualifié crime ou délit, doit encourir la peine due à son méfait. Il serait inouï que sa qualité même, qui rend le méfait plus odieux, devînt un titre d'impunité! (*Voy.* toutefois Merlin, *Quest. de droit*, t. III, v° *Femme*, § 5.)

367. — Nous punirons donc le coupable.

Mais après?

Lui rendrons-nous son enfant, s'il persiste à le maltraiter, si à l'expiration de sa peine, il ne revient que plus exaspéré pour assouvir sur lui un sentiment de détestable vengeance?

Et puis d'ailleurs, il se peut que les mauvais traitements, sans constituer précisément un délit qualifié, soient tels par leur continuité, par leur caractère, qu'ils mettent en péril la santé, et peut-être l'intelligence même de la pauvre victime.

Supposez aussi qu'au lieu de pourvoir à la nourriture, à l'entretien, à l'éducation de son enfant, le père ou la mère le laisse manquer de tout!

Ou bien encore la maison paternelle est un lieu d'ivrognerie et de débauche, une école d'immoralité!

Laisserez-vous l'enfant dans ce dénûment?

Le laisserez-vous dans ce foyer de dépravation?

Non sans doute; cela est impossible. Il faut venir au secours de cet enfant; la raison, la morale, l'humanité même l'exigent, dans l'intérêt de l'enfant, dans l'intérêt de l'ordre public.

Mais il n'y a pas de texte!... Comment faire?

Nous ferons comme nous pourrons! Mais il faut absolument, je le répète, que nous en venions là. Et Dieu merci! les moyens d'y arriver logiquement, juridiquement, ne nous manquent pas:

1° Nous les trouvons d'abord dans le caractère même, dans l'essence même du droit de puissance paternelle. Puissance essentiellement tutélaire et protectrice, il ne se peut pas qu'elle devienne un moyen de tyrannie ou de démoralisation. Cette condition-là y est inhérente; le législateur, s'il ne l'a pas écrite, l'a virtuellement supposée; et les magistrats chargés, comme dit très-bien Demante, de faire exécuter les lois *suivant les vues du législateur* (*Programme*, t. I, n° 365, note 1), ont ainsi virtuellement reçu la mission de maintenir à la puissance paternelle son inaltérable caractère, d'en réprimer les abus et de prendre, suivant les circonstances, les mesures nécessaires à cet égard (art. 4, C. Nap.).

2° Aussi de tout temps, et particulièrement dans notre ancienne jurisprudence, ce pouvoir de haute surveillance, ce pouvoir modérateur a-t-il été reconnu et exercé. Les témoignages de nos anciens auteurs sont unanimes; et un grand nombre d'arrêts des parlements en font également foi (comp. Merlin, *Rép.*, t. IV, v° *Éducation*, § 1; t. X, v° *Puissance paternelle*, sect. III, § 1; *Nouveau Denizart*, t. VII, v° *Éducation*).

3° Les rédacteurs du Code Napoléon avaient même eu le projet d'accorder par un texte spécial, aux tribunaux le pouvoir de réglementer, dans certains cas, l'exercice de la puissance paternelle. Ce sujet ajourné seulement par le motif qu'il ne fallait pas s'*occuper d'abord des détails ni des questions isolées* (Locré, *Législ. civ.*, t. VII, p. 11), ne fut plus repris ensuite.

Est-ce avec intention, et parce qu'il eût été peut-être difficile de réglementer législativement toutes ces questions, qui dépendent, avant tout, des faits, des circonstances, et dont la solution est toujours relative et personnelle?

On ne saurait l'affirmer.

Mais ce qui est certain, c'est la volonté qu'ont eue les rédacteurs du Code Napoléon de soumettre à cette surveillance l'exercice de la puissance paternelle.

4° Enfin un texte du Code Napoléon fournit, à cet égard, un argument décisif.

Aux termes de l'article 444, sont exclus de la tutelle et même destituables, s'ils sont en exercice : 1° les gens d'une inconduite notoire ; 2° ceux dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité.

Que cet article soit applicable au père (ou à la mère) tuteur, après la dissolution du mariage (art. 389), cela est certain ; car ses termes sont absolus (Cass., 16 décembre 1829, Beer, D., 1830, I, 8 ; Toulouse 25 novembre 1830, Roudès, D., 1831, II, 189 ; Bordeaux, 8 août 1845, Gillibert, Dev., 1847, II, 134).

Cela posé, la raison exige qu'on l'étende, par une sorte d'application *utile*, au père, même pendant la durée du mariage ; car il serait inouï que le père conservât la garde de ses enfants dans des circonstances telles que celles prévues par l'article 444, lorsqu'un tuteur étranger ne conserverait pas la garde du mineur. Cela est d'autant plus impossible, que, dans les cas

prévus par l'article 444, l'exclusion de la tutelle n'est prononcée qu'en connaissance de cause (*voy.* toutefois Paris, 23 août 1825, Decambray, D., 1826, II, 3).

368. — Seulement, s'il s'agissait d'enlever au père, pendant le mariage, la garde de ses enfants, la décision devrait émaner directement non pas du conseil de famille (art. 446), mais du tribunal (*infra*, n° 423).

369. — Cette démonstration nous paraît très-suffisante pour établir le pouvoir réglementaire des tribunaux.

Gardons-nous toutefois d'en exagérer la portée.

M. Vazeille, par exemple, enseigne que :

« Lorsque le père est indigne de la tutelle.... il est également indigne de la puissance paternelle, *et qu'il n'en doit conserver aucune sorte de droits ou de bénéfices.* » (*Du Mariage*, etc., t. II, n° 431.)

Et plus loin, l'auteur va même jusqu'à dire que si la puissance paternelle est enlevée au père durant le mariage, « les enfants ne peuvent que tomber en tutelle, et que cette tutelle ne revient pas à la mère, parce que la mère étant elle-même sous la dépendance maritale, les enfants se trouveraient indirectement soumis au pouvoir dont ils ont obtenu l'affranchissement. » (N° 433.)

Or, c'est là une conclusion, que je crois très-inexacte.

La puissance paternelle est attribuée par la loi elle-même au père ou à la mère (art. 372, 373); et elle ne peut dès lors leur être enlevée qu'en vertu d'un texte de loi;

Or, aucune loi, excepté l'article 335 du Code pénal, ne prononce contre eux la déchéance de leur autorité;

Donc, les tribunaux n'ont pas le droit de les en destituer.

Voilà un argument en forme; et M. Vazeille me semble n'en avoir point tenu assez de compte.

Pour moi, j'en déduis ces deux conséquences :

1° Que les tribunaux, en effet, ne pourraient pas, quelle que fût l'indignité du père (ou de la mère), lui enlever, en quelque sorte préventivement, la puissance paternelle, si cette indignité n'était pas telle qu'elle compromît la personne des enfants, leur bonne éducation physique et morale;

2° Que lors même que le père (ou la mère) commettrait des abus dans l'exercice de l'un des droits de la puissance paternelle, les tribunaux ne pourraient pas lui enlever ses autres droits dans l'exercice desquels il ne serait pas reprochable; qu'ils ne pourraient pas, enfin, précisément le révoquer, le destituer.

Que résulte-t-il donc seulement de la démonstration que nous avons entreprise?

Une seule chose, à savoir :

Le droit, pour les tribunaux, de remédier aux abus de la puissance paternelle et d'en empêcher les excès, droit qui n'est pas écrit non plus sans doute dans un texte formel, mais qui est fondé sur la nécessité, et qui, dès lors, doit avoir pour mesure et pour limite cette nécessité même qui est sa cause.

Tous les arguments que nous avons présentés plus haut (n° 367) justifient pleinement le pouvoir réglementaire des magistrats ainsi défini et limité ; mais ils ne sauraient le justifier au delà.

Ces principes posés, nous allons en faire l'application aux différents droits de la puissance paternelle.

570. — Parlons d'abord de la garde de la personne de l'enfant et de son éducation.

Aussi bien, est-ce à l'occasion de l'exercice de cet attribut de la puissance paternelle, que s'élève presque toujours la question qui nous occupe.

Rien n'est, en effet, plus fréquent que les difficultés relatives à la garde et à l'éducation; et il y a longtemps que cela est vrai.

« .... Solet Prætor frequentissime adiri, ut constituat « ubi filii vel alantur, vel morentur.... » (L. I, princ. ff. *Ubi pupillus educari.*)

« La question de savoir à qui doit être confié le soin de l'éducation d'un enfant occasionne dans les tribunaux des difficultés très-fréquentes.... » (Merlin, *Rép.*, t. IV, v° *Éducation*, § 1.)

Or, pour examiner utilement cette question, il faut distinguer trois hypothèses :

1° Celle où les père et mère existent encore et ne sont pas séparés de corps;

2° Celle où les père et mère existant sont séparés de corps;

3° Celle où l'un des deux étant décédé, la puissance paternelle est exercée par le survivant, tuteur ou non tuteur, remarié ou non remarié.

La distinction de ces trois hypothèses est d'autant plus importante, que non-seulement les mesures à prendre doivent nécessairement varier en fait, mais que la légitimité même juridique de ces mesures peut être plus ou moins facilement établie dans chacune d'elles.

Je les reprends donc successivement.

371. — Première hypothèse : Les père et mère existent et ne sont pas séparés de corps.

On trouve dans le *Répertoire* de Merlin les lignes suivantes :

« Quand le père et la mère sont vivants et demeurent ensemble, il ne peut y avoir aucune difficulté sur l'éducation de leurs enfants; c'est à eux qu'elle appartient par le droit de la nature, et il est sans exemple qu'on ait entrepris de les en priver. » (T. IV, v° *Éducation*, § 1.)

Mais il est évident que cette proposition est trop absolue.

Si le père, en effet, auquel appartient alors l'exercice de la puissance paternelle, méconnaissait les devoirs qui résultent pour lui de la garde et de l'éducation de l'enfant, il faudrait bien que la justice intervînt.

Le tribunal prendrait, dans ce cas comme dans tout autre, les mesures qui lui paraîtraient nécessaires et convenables pour le plus grand intérêt de l'enfant.

Pourrait-il confier la garde de l'enfant à la mère, si, en fait, celle-ci ne demeurait pas avec son mari ?

Je le pense.

Légalement, sans doute, la femme est tenue d'habiter avec son mari ; et les magistrats ne peuvent pas reconnaître d'autre séparation que celle qui a été prononcée en justice. Mais il ne faut rien exagérer ; et ce n'est pas à dire que les époux d'accord ne puissent pas très-bien, par des motifs même quelquefois fort légitimes, demeurer, en fait, séparément l'un de l'autre.

Or, comme l'intérêt de l'enfant est ici la règle suprême, et qu'il sera souvent très-désirable qu'il soit confié à sa mère, rien ne s'opposerait à ce que le tribunal lui en remît la garde, si les époux avaient des demeures distinctes.

Mais si la femme n'avait pas cessé d'habiter avec son mari, ou si le mari la rappelait près de lui, il faudrait bien alors, afin d'enlever l'enfant au père, l'enlever aussi à la mère elle-même.

Et cette nécessité serait encore plus impérieuse, si la mère elle-même était complice des abus et des excès reprochés au père envers ses enfants (Allemand, *du Mariage*, t. II, n° 1105).

On déclarerait alors que l'enfant serait confié à un parent, à un ascendant, ou qu'il serait placé dans une

pension, dans un couvent; et le jugement déciderait si le père et la mère auraient la faculté de le faire sortir; car cette faculté même pourrait leur être interdite si elle était reconnue dangereuse pour l'enfant, pour ses mœurs, par exemple.

Il serait de la dernière rigueur d'empêcher le père et la mère même de visiter leur enfant; et il faut croire que les magistrats n'en viendront presque jamais à cette extrémité. Mais cette extrémité même ne nous paraîtrait pas dépasser leur pouvoir, s'il arrivait que l'indignité et l'immoralité du père et de la mère fussent telles que ces entrevues mêmes fussent compromettantes pour leur enfant (comp. *Nouveau Denizart*, t. VII, v° *Éducation*, n° 9; Caen, 27 août 1827, D. C. Dl., Sirey, 1830, II, 245; Paris, 4 juill. 1836, S..., Dev., 1838, II, 157; Paris, 10 juill. 1855, X..., Dev., 1855, II, 677; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 604; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 212).

On devra se montrer, à cet égard, d'autant plus réservé qu'il s'agit ici des père et mère légitimes; mais, encore une fois, le pouvoir existe pour les magistrats de protéger efficacement l'enfant.

372. — J'ai examiné ailleurs (t. IV, n° 9) si on aurait un moyen de protection pour l'enfant dans le cas où son père ou sa mère négligerait absolument son éducation ou même lui donnerait un genre d'éducation évidemment en désaccord avec sa fortune et sa position sociale.

Je ne puis que persister dans la solution affirmative, que j'ai déjà donnée.

La puissance paternelle a pour premier devoir, l'éducation de l'enfant, son éducation morale et sociale non moins que physique; et il faut dès lors qu'il y ait un moyen juridique de forcer les père et mère à l'accomplir.

La question fut agitée dans le Conseil d'État, et le Premier Consul en était surtout préoccupé.

« Un père, disait-il, donne une mauvaise éducation à son fils; l'aïeul sera-t-il autorisé à lui en donner une meilleure?... Un fils parvenu à l'âge de discernement, et qui ne reçoit pas une éducation conforme à la fortune de son père, peut-il se pourvoir et demander à être mieux *éduqué?* Peut-être serait-il nécessaire de distinguer entre l'éducation des garçons et celle des filles.... » (Locré, *Législ. civ.*, t. VII, p. 20.)

Cette question était du nombre de celles qui furent ajournées sous le titre de *questions de détail*, et qui ne furent plus ensuite reprises.

Mais nous en avons assez dit pour prouver qu'elle doit être affirmativement résolue.

373. — Seconde hypothèse : Les père et mère sont séparés de corps.

Cette hypothèse a été examinée d'une manière complète dans notre *Traité de la Séparation de corps;* et nous ne pouvons que nous y référer (t. IV, n°s 452 et suiv., et n°s 513 et suiv.).

374. — Troisième hypothèse : L'un des deux époux étant décédé, la puissance paternelle est exercée par le survivant, tuteur ou non tuteur, remarié ou non remarié.

A la dissolution du mariage par la mort de l'un des époux, le survivant exerce la puissance paternelle. L'article 373, en disant que le père seul exerce cette autorité *pendant le mariage*, ne signifie pas, bien entendu, que le père survivant à la dissolution du mariage, soit privé de cette autorité. La puissance paternelle ne finit que par l'émancipation ou la majorité de l'enfant (art. 372); et l'article 373, loin de supposer qu'elle s'éteint par le décès de l'un des époux, prouve lui-même implicitement que l'exercice de cette

puissance serait transmis à la mère survivante en cas de prédécès du père (art. 381).

Mais à ce moment s'élève aussi un autre pouvoir, un pouvoir nouveau, la tutelle.

Aux termes de l'article 390, après la dissolution du mariage arrivée par la mort de l'un des époux, la tutelle des enfants mineurs et non émancipés appartient de plein droit au survivant des père et mère.

J'ai déjà plusieurs fois exprimé cette idée, que la puissance paternelle et la tutelle sont deux pouvoirs distincts, qui peuvent coexister ensemble, réunis sur la même tête ou séparés.

Mais comment, direz-vous, cela est-il possible?

La puissance paternelle a pour mission de gouverner la personne et d'administrer les biens de l'enfant (art. 372, 384, 389);

Or, la tutelle a aussi absolument la même mission (art. 450, 468);

Donc, ces deux pouvoirs ne sauraient exister en même temps.

Leur existence simultanée est néanmoins incontestable (comp. art. 372, 381, 384, 389, 390); seulement ce syllogisme est vrai en ce sens, que l'un des pouvoirs en effet l'emporte quelquefois sur l'autre dans l'exercice de certains attributs, ainsi que nous allons l'expliquer.

375. — Mais, avant tout, il faut constater que les droits de la puissance paternelle sont plus étendus que ceux de la tutelle.

Ainsi, par exemple :

1° Le droit de diriger l'éducation de l'enfant appartient plus pleinement, plus librement au père ou à la mère qu'au tuteur.

En général, ce droit est souverain dans la personne des père et mère (*voy.* pourtant *supra*, n° 367); tan-

dis que le simple tuteur est plus soumis, sur ce point, à la surveillance et au contrôle du conseil de famille (arg. de l'article 454).

2° Le père a lui-même directement le droit de correction, soit par voie d'autorité, soit par voie de réquisition (art. 376, 377); et nous avons vu que la mère elle-même peut exercer ce droit sous certaines conditions (art. 381).

Au contraire, ce droit n'appartient pas directement au tuteur, qui peut seulement *porter ses plaintes* au conseil de famille (art. 468).

3° Le père ou la mère peut émanciper l'enfant âgé même seulement de quinze ans; et sa déclaration devant le juge de paix est, à cet effet, suffisante (art. 477).

Au contraire, le tuteur n'a pas le droit d'émanciper le mineur; le mineur, resté sans père ni mère, peut, seulement à l'âge de dix-huit ans accomplis, être émancipé, si le conseil de famille l'en juge capable (art. 478).

4° L'enfant doit, suivant certaines distinctions, obtenir le consentement de ses père et mère ou du survivant pour se marier (art. 148 et suiv.)

Au contraire, le consentement du tuteur n'est jamais exigé pour le mariage du mineur (art. 160).

376. — Cela posé, voyons ce qui arrive, lorsque ces deux autorités sont en présence.

Deux hypothèses sont possibles :

1° Le cas où le survivant (le père ou la mère) est tuteur;

2° Le cas où la tutelle est exercée par un autre que par le survivant.

377. — A. Lorsque le survivant est tuteur (et cette hypothèse est la plus normale, art. 390), il réunit en même temps dans ses mains une double autorité : la puissance paternelle et la tutelle.

En vertu de laquelle peut-il agir ?

Nous venons de prouver (*supra*, n° 374) que la dissolution du mariage ne détruit pas la puissance paternelle, qui appartient alors au survivant;

Or, il ne serait pas vrai de dire qu'elle lui appartient, s'il ne pouvait pas l'exercer, et s'il devait au contraire agir comme tuteur;

Donc, c'est en vertu de la puissance paternelle que le survivant dirige la personne de l'enfant.

Il décidera donc seul du lieu de sa résidence, du genre d'éducation et d'instruction qu'il recevra, etc., etc.

378. — Remarquons toutefois que nous aurions ici plus de moyens encore que pendant la durée du mariage pour réprimer les abus de la puissance paternelle.

Car, si la tutelle sommeille en ce qui concerne la direction de la personne de l'enfant, elle est déjà née pourtant; elle existe; et le subrogé tuteur et les membres du conseil de famille ont certainement le devoir de dénoncer les abus et de provoquer du tribunal les mesures de protection nécessaires en faveur de l'enfant.

379. — 2° Lorsque le survivant n'est pas tuteur, les deux pouvoirs sont représentés par deux personnes différentes.

La puissance paternelle, par le survivant des père et mère;

La tutelle, par le tuteur, parent ou étranger.

Cette situation est plus délicate; et elle suscite très-souvent des tiraillements et des conflits.

380. — Occupons-nous d'abord de la garde de l'enfant et de son éducation.

A qui doit-il être confié?

Au survivant?

Ou au tuteur?

Ne pourrait-on pas dire que c'est au tribunal qu'il

appartient alors de prononcer, suivant les circonstances, entre ces deux autorités égales qui se trouvent ici en présence, et que la loi accordant à chacune d'elles les mêmes droits, c'est d'après le plus grand intérêt de l'enfant qu'il faut décider, en fait, laquelle des deux les exercera (arg. des articles 267 et 302).

Cette solution pourrait bien paraître raisonnable, et peut-être y aura-t-il lieu plus d'une fois de la suivre.

Je ne voudrais pourtant pas la proposer ainsi.

Je pense au contraire que régulièrement c'est au survivant qu'appartient, en vertu du droit de puissance paternelle, la garde de l'enfant et la direction de son éducation. Telle était aussi notre ancienne jurisprudence. Écoutez les auteurs du *Nouveau Denizart :*

« Lorsque le gardien et le tuteur sont deux personnes différentes, l'autorité du tuteur sur la personne du mineur est *éclipsée* pendant la garde par celle du gardien.... » (T. IX, de la *Garde noble*, § 12, n° 4.)

Une déclaration du 1er février 1743, faisait entre le père et la mère des différences qui ne seraient plus admissibles (voy. *Nouveau Denizart,* t. VII, v° *Éducation*, n° 4).

La mère exerce aussi, chez nous, la puissance paternelle (art. 372); et elle a les mêmes droits que le père, lorsque la loi ne les a pas modifiés dans sa personne (*voy.* Sirey, 1830, II, 337, *Dissertation*).

381. — Le père même prémourant n'aurait pas, ni par testament, ni sous aucune autre forme, le droit, je ne dis pas de lui enlever la puissance paternelle, mais même seulement d'en gêner dans ses mains l'exercice par aucune condition.

L'article 391 accorde, il est vrai, au père la faculté de nommer à la mère survivante et tutrice, un conseil

spécial, sans l'avis duquel elle ne pourra faire les actes ou quelques-uns des actes de la tutelle.

Mais aucun texte semblable n'autorise le père à modifier le droit de puissance paternelle de la mère survivante; et nous avons établi que c'est en vertu de cette puissance que la mère a la garde et l'éducation de ses enfants.

382. — Telle me paraît être la règle.

Je m'empresse d'ajouter toutefois que si les conseils donnés par le père mourant à la mère survivante, si le vœu, si même les conditions exprimés par lui dans son testament sur l'éducation de l'enfant, étaient sages et inspirés, en effet, par le plus grand intérêt de celui-ci, il ne serait pas impossible de les faire prévaloir, surtout si l'éducation contraire, que la mère ferait donner à l'enfant, n'était pas elle-même convenable.

On saisirait alors le tribunal non pas précisément pour soumettre la mère à la condition exprimée par le père, condition que rigoureusement il ne pouvait pas lui imposer, mais pour dénoncer la mauvaise éducation donnée par celle-ci à son enfant; et le tribunal, compétent alors pour ordonner les mesures utiles à l'enfant, pourrait précisément ordonner les mesures mêmes que le père aurait conseillées.

383. — Ainsi donc, régulièrement, je le répète, c'est le père ou la mère survivant qui a la garde et l'éducation de l'enfant; ce n'est pas le tuteur.

Cette règle d'ailleurs est très-logique et très-sage.

Elle est logique; car nous avons prouvé que lorsque le survivant est lui-même tuteur, ce n'est pas en vertu de la tutelle, qu'il gouverne la personne de l'enfant, mais en vertu de son droit de puissance paternelle; la puissance paternelle prévaut donc, à cet égard, sur la tutelle; or, qu'importe que la tutelle soit sur la tête du survivant ou sur la tête d'un autre?

La règle est aussi très-sage; car on ne saurait confier la personne et l'éducation de l'enfant à une garde meilleure assurément que celle de son père ou de sa mère ! Car il se peut très-bien que le survivant, que la mère surtout ne puisse pas gérer la tutelle proprement dite, et que nul ne soit néanmoins plus capable de bien élever l'enfant. Aussi disait-on autrefois : « *Aliud est tutela, aliud educatio....* » (*Recueil d'Albert*, v° *Éducation*, chap. II; Demante, t. II, n° 229 *bis*, I et II; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Code Napol.*, p. 236, 237).

384. — Le survivant, lors même qu'il se remarie, n'en doit pas moins toujours conserver la garde et le soin de l'éducation des enfants de son premier mariage.

385. — Cette proposition est vraie, non-seulement à l'égard du père survivant (comp. art. 380, 386), mais aussi à l'égard de la mère.

Le Code Napoléon a déterminé par des textes précis, quelles seraient les conséquences du convol de la mère, relativement à ses droits de puissance paternelle sur les enfants de son premier lit (art. 381, 386, 399, 400).

Or, aucun de ces articles n'enlève à la mère remariée, par le fait même et par le fait seul de son nouveau mariage, la garde et l'éducation de ses enfants;

Donc, ce pouvoir lui reste en vertu des articles 372-374.

Il est vrai que d'après les lois romaines, la mère veuve ne conservait la garde et l'éducation de ses enfants qu'autant qu'elle n'était pas remariée.... *Si non vitricum eis induxerit* (L. 1, Cod. *Ubi pupillus educari*).... *nisi ad secundas nuptias pervenerit* (Nov. 22, cap. VIII).

Mais ces lois, contraires à nos mœurs, n'étaient pas suivies dans notre ancienne jurisprudence.

C'est par application de ce principe qu'il a été décidé que l'engagement, que la mère aurait pris vis-à-vis de l'aïeul paternel de ses enfants, en considération de son second mariage, de se concerter avec lui pour la direction de leur éducation et le choix d'un état, ne pouvait pas être regardé comme obligatoire civilement ni servir de base à une action en justice (comp. Grenoble, 11 août 1854, Abry, Dev., 1854, II, 583; Cass., 5 mars 1855, mêmes parties, Dev., 1855, I, 283).

386. — La circonstance que le survivant ne sera pas tuteur, ou qu'il sera remarié, pourra donner lieu plus souvent, il est vrai, à des mesures particulières dans l'intérêt des enfants.

Et j'ajoute que nous avons aussi, dans cette hypothèse, plus de moyens encore d'y recourir juridiquement.

Car, non-seulement la tutelle est née ; mais elle est là, représentée par un tuteur qui n'est pas le père ou la mère survivant, et qui, lui aussi, a la mission de veiller au soin de la personne du mineur (art. 450).

Il serait donc de son droit et de son devoir de signaler les abus de la puissance paternelle et de revendiquer alors, au nom de la tutelle, la garde de l'enfant.

387. — Les magistrats auraient alors à examiner la conduite du survivant, ses habitudes, ses mœurs, et particulièrement la cause pour laquelle il n'exerce pas la tutelle.

On conçoit que le refus d'acceptation fait par la mère, d'après l'article 394, ou toute autre excuse légitime, présentée par la mère ou même par le père, d'après les articles 427 et suivants, ne fourniraient aucun motif pour lui enlever la garde et l'éducation de son enfant.

J'en dis autant du cas où la mère aurait perdu de plein droit la tutelle pour n'avoir pas convoqué le con-

seil de famille avant de se remarier (art. 395), ou du cas où le conseil de famille convoqué ne l'aurait pas maintenue dans la tutelle (Vazeille, t. II, n° 469; Zachariæ, t. I, p. 225).

Ni l'une ni l'autre de ces causes ne serait, en soi et nécessairement, suffisante pour faire perdre à la mère la garde de la personne et l'éducation de son enfant.

Je le répète : *aliud est tutela, aliud educatio.*

Il se peut que le conseil de famille n'ait pas cru devoir confier à la mère et à son second mari la tutelle proprement dite, et surtout l'administration des biens ; mais il faudrait des motifs plus graves pour lui enlever l'éducation de son enfant.

Et quant à la perte de la tutelle, que l'article 395 prononce de plein droit contre la mère qui n'a pas convoqué le conseil de famille, c'est une déchéance qui doit d'autant moins être étendue aux droits dérivant de la puissance paternelle, qu'il est possible que la mère ait agi sans aucune intention blâmable, par oubli quelquefois, ou par pure ignorance.

388. — Au contraire, la destitution de la tutelle prononcée contre le survivant, aux termes de l'article 444, ne permettra guère le plus souvent de lui laisser la garde et l'éducation de son enfant, en vertu du droit de la puissance paternelle ; car le but de cette destitution de la tutelle ne serait pas atteint (comp. Caen, 19 mars 1854, C..., Dev., 1854, II, 713 ; Cass., 3 mars 1856, Wey, Dev., 1856, I, 408 ; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 378 ; Aubry et Rau, t. IV, p. 618 ; *voy.* toutefois de Fréminville, *de la Minorité*, t. II, n°s 805-808).

389. — Pareillement, le convol du survivant qui n'est pas seul et nécessairement suffisant pour lui faire perdre la garde de ses enfants du premier lit, pourra souvent néanmoins amener ce résultat.

Les magistrats auront alors à examiner la conduite du nouvel époux envers ces enfants, quelquefois, hélas ! victimes de ses aveugles haines. Ils rechercheront si ces enfants reçoivent les soins désirables, s'ils sont élevés comme ils doivent l'être, surtout s'ils ne sont pas l'objet de violences, de mauvais traitements, d'humiliations, etc.

390. — Quant aux mesures que les tribunaux pourront prendre dans ces diverses circonstances, nous en avons déjà indiqué quelques-unes (*supra*, n° 371).

Qu'il nous suffise de poser ici la règle et de déclarer que les magistrats ont, à cet égard, un pouvoir discrétionnaire pour ordonner toutes les mesures qui leur paraissent utiles dans le plus grand intérêt de l'enfant (arg. de l'article 267).

« Utilitatem pupillorum prætor sequitur, » dit la loi 10, ff. *De confirmando tutore.*

« .... Ces tempéraments, dit Raviot sur Périer (quest. 139), conviennent surtout à la personne des mineurs. D'en user ainsi, c'est une raison et une sagesse. »

391. — L'avis du conseil de famille est toujours, dans ces circonstances, l'un des meilleurs éléments de décision (arg. des articles 396, 446, 494, etc., etc.); et le tribunal ne saurait en général mieux faire que d'en ordonner la convocation, afin qu'il soit consulté, si déjà il ne l'avait pas été sur la demande, par exemple, du tuteur ou du subrogé tuteur, qui aurait pris contre le père ou la mère survivant l'initiative de cette poursuite.

392. — Il est évident d'ailleurs que toutes ces mesures n'ont rien de définitif ni d'irréparable, qu'elles ont au contraire un caractère temporaire et provisoire, et qu'elles peuvent être modifiées ou révoquées sui-

vant les circonstances, par le tribunal lui-même qui les a ordonnées (*voy.* notre t. IV, n° 453).

393. — Les principes, que nous venons de présenter sur les trois hypothèses qui précèdent, étaient, sauf quelques dissidences, à peu près unanimement enseignés et suivis dans notre ancien droit (comp. Ferrières, *des Tutelles*, part. I, sect. III, n°s 50 et suiv.; Meslé, *des Tutelles*, Ire part., chap. IX, n° 24; *Nouveau Denizart*, t. VII, v° *Éducation*, n° 4; Merlin, *Rép.*, t. IV, v° *Éducation*, § 1; *voy.* toutefois Julien, *des Statuts de Provence*, t. I, n° 21).

394. — La jurisprudence nouvelle les a également consacrés; et si les arrêts paraissent souvent contraires, en fait, les uns aux autres, c'est qu'ils sont précisément l'application aux diverses circonstances de chaque espèce, du pouvoir modérateur et réglementaire que nous avons reconnu aux magistrats.

C'est ainsi que certaines décisions judiciaires ont laissé à la mère remariée et non maintenue dans la tutelle, la garde de la personne des enfants de son premier lit (Poitiers, 15 février 1811, Cuveilliers, Sirey, 1811, II, 211; Cass., 8 août 1815, Louise de Nourry, D., 1815, I, 466; Bastia, 31 août 1826, Guitera, Sirey, 1828, II, 56; Paris, 9 mars 1854, Gouverneur, Dev., 1854, II, 318; Caen, 19 mars 1854, C..., Dev., 1854, II, 713; Cass., 3 mars 1856, Wey, Dev., 1856, I, 408).

Tandis qu'on en pourrait citer d'autres qui ont confié au tuteur la garde de ces enfants (Lyon, 5 avril 1827, Ducharne, Sirey, 1827, II, 119).

Tout dépend de la sagesse des magistrats et de l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire.

395. — C'est à ce pouvoir discrétionnaire et à ce haut arbitrage qu'il faut demander la solution de toutes les difficultés de ce genre que peut soulever l'exercice de la puissance paternelle.

Voici, par exemple, un père qui s'oppose à ce que son enfant ait aucune communication avec son aïeul; et l'aïeul adresse au tribunal sa plainte et sa réclamation.

La puissance paternelle appartient au père seul, et elle est *indivisible*, dit M. Magnin (*Traité des Minorités*, t. I, n° 490; *voy.* aussi Paris, 21 avril 1853, L..., Dev., 1853, II, 297; et les *Observations* de M. Dalloz sur l'arrêt de la Cour de Cassation du 8 juill. 1857, cité *infra*, D., 1857, I, 273; ajout. Bordeaux, 13 juin 1680, Boulineau, *Gazette des Tribunaux* du 5 octobre 1860).

Sans doute, le père seul a la puissance paternelle, et c'est à lui de choisir les relations de son enfant, de déterminer les personnes qu'il devra voir ou ne pas voir. Il est vrai encore que le père peut avoir des motifs sérieux et légitimes de ne pas permettre à telle ou telle personne, à son père lui-même peut-être, de visiter son enfant.

Mais pourtant il faut bien reconnaître que cet exercice de la puissance paternelle est, dans ce dernier cas, d'une rigueur excessive, qu'il est envers l'aïeul infiniment blessant et pénible, et qu'il peut être très-douloureux pour l'enfant lui-même. Si donc les circonstances, loin de le justifier, en faisaient un odieux abus, il me semble que les tribunaux auraient alors aussi le droit d'y pourvoir (art. 4).

Après tout, si l'aïeul n'a pas la puissance paternelle, il est uni à son petit-fils par les liens les plus chers, par des liens auxquels la loi civile attache les effets les plus importants (art. 150, 205, 402, 745, 935, etc.).

Comment! l'aïeul serait mourant; il demanderait à voir encore son petit-enfant, et le père pourrait lui refuser cette consolation dernière, la lui refuser toujours, et quand même? Ne serait-ce pas un abus révoltant?

Il ne faudrait pas, bien entendu, que l'aïeul, de son côté, montrât trop d'exigences; et fût-il subrogé tuteur, il aurait tort de demander que la garde de l'enfant fût partagée entre le père et lui (Nîmes, 10 juin 1825, Poncet, D., 1826, II, 28).

Les magistrats, en pareil cas, ne sauraient même trop ménager l'autorité du père; car c'est à lui que la puissance paternelle appartient. Mais ce que je crois honnête, équitable et juridique, c'est qu'ils puissent aussi ordonner certaines mesures pour donner satisfaction à l'aïeul.

Telle est la doctrine, très-morale et suivant nous aussi très-juridique, que la Cour de Cassation a consacrée dans un important arrêt du 18 juillet 1857 (Jaumes, Dev., 1857, I, 721; ajout. Cass., 3 mars 1856, Wey, Dev., 1856, I, 408; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 608; et les *Observations* de M. Am. Boullenger, sur l'arrêt précité du 8 juillet 1857, *J. du P.*, 1857, p. 993, 994; *voy.* aussi un jugement du trib. civ. de la Seine du 21 juill. 1860, D..., *Gazette des Tribunaux* du 26 août 1860).

396. — Les magistrats ont décidé que la garde de l'enfant serait confiée à une tierce personne, à un oncle par exemple, ou même à un étranger.

Le tiers est-il tenu d'accepter cette mission?

Point de difficulté, si ce tiers est déjà tuteur, et si la garde de l'enfant est enlevée au père ou à la mère survivant pour lui être donnée; il est tenu d'accepter cette garde comme un des devoirs de la tutelle elle-même qu'il a été tenu d'accepter.

Mais supposez que les père et mère existent, et qu'il n'y a point de tutelle, ou même que le survivant est tuteur, mais qu'en lui enlevant seulement la garde de l'enfant, on ne juge pas à propos de lui enlever la tutelle.

Peut-on forcer alors une tierce personne de se charger de la garde et de l'éducation de l'enfant?

Le préteur, à Rome, ne contraignait pas toujours celui qui refusait.... *apud se recusantem educari pupillum;* il l'y forçait pourtant quelquefois, lorsqu'il s'agissait d'un parent ou d'un allié (L. 1, § 2, ff. *Ubi pupillus educ.*).

On pourrait soutenir, chez nous, que puisque la tutelle est une charge publique qui ne peut être refusée que dans les cas prévus par la loi, il en doit être, à plus forte raison, de même de la simple garde de l'enfant, c'est-à-dire d'une tutelle bien plus restreinte, lorsqu'elle est déférée par l'autorité judiciaire au nom de la loi et de l'intérêt public.

Cette solution, toutefois, me paraît très-contestable. Un texte de loi est nécessaire pour contraindre un citoyen à remplir une obligation qu'il repousse; or, ce texte, il faut bien l'avouer, nous manque; car il ne s'agit pas de tutelle (*voy.* aussi notre t. II, n° 37).

397. — Quelles personnes ont qualité pour provoquer, dans l'intérêt de l'enfant, les mesures que nous exposons?

Lorsque la tutelle est ouverte, il n'est pas douteux que le tuteur, si le survivant ne l'est pas lui-même, et dans tous les cas, le subrogé tuteur, en ont le droit et le devoir (*supra*, n°s 386 et suiv.).

L'un des membres du conseil de famille pourrait aussi, à cet effet, requérir la convocation du conseil;

Et le juge de paix pourrait lui-même faire d'office cette convocation (arg. des articles 406, 446).

398. — Il y a plus de difficulté, lorsque les père et mère existent encore.

Mais nous avons pensé que la mère avait alors qualité pour signaler à la justice les abus que le père commettrait dans l'exercice de la puissance paternelle

(*voy.* notre t. IV, n° 9); car elle est aussi associée à cette puissance, et elle joue pour ainsi dire le rôle d'un subrogé tuteur.

En cas de silence ou de complicité de la mère, il est convenable de s'en référer, dans le silence des lois nouvelles, à la pratique de notre ancienne jurisprudence.

Or, autrefois *la famille* avait qualité pour provoquer les mesures nécessaires dans l'intérêt de l'enfant.

Le conseil de famille pourrait donc être convoqué, à cet effet, soit par l'un des parents ou alliés, soit d'office par le juge de paix.

399. — Pothier accordait même au ministère public le droit d'agir directement aussi contre le père ou la mère (*Traité du Mariage*, n° 384); et cette mission est en effet bien conforme au caractère général de ses fonctions (*voy.* art. 83, 1°, 2°, 6° procéd.).

On ne peut nier toutefois que cette proposition ne souffre aujourd'hui quelque difficulté en présence des textes qui déclarent que le ministère public ne peut agir d'office, en matière civile, que dans les cas spécifiés par la loi (*voy.* notre t. II, n° 29). Les articles 267 et 302 l'autorisent bien, il est vrai, à requérir dans une instance (en divorce ou) en séparation de corps, les mesures nécessaires pour le plus grand avantage des enfants; mais alors le tribunal est saisi d'une contestation dans laquelle le ministère public devient lui-même partie, et on conçoit que cet article ne prouve pas que le ministère public puisse toujours, en dehors de toute contestation, prendre une telle initiative (Vazeille, *de la Puissance paternelle*, t. II, n° 432; *voy.* aussi Cass., 11 août 1818, Berdin, Sirey, 1819, I, 17).

Mais pourtant est-ce qu'il ne s'agit pas ici d'une matière d'ordre public, d'une question en quelque sorte de haute police? Et le ministère public n'est-il pas chargé

de poursuivre d'office l'exécution des lois dans toutes les dispositions qui intéressent l'ordre public? (Art. 5, tit. VIII de la loi des 16-24 août 1790; Marcadé, t. II, art. 389, nos 5 et 7; *voy.* notre tome III, n° 312, et notre t. IV, nos 9 et 512.)

Dans tous les cas, le ministère public pourrait du moins éveiller la sollicitude du juge de paix pour que ce magistrat eût à requérir la convocation d'un conseil de famille.

400. — L'enfant lui-même peut certainement aussi avertir le juge de paix par ses plaintes (Vazeille, t. II, n° 432), afin qu'il assemble le conseil de famille et provoque sa délibération.

401. — Mais pourquoi donc n'aurait-il pas le droit, s'il est en âge de discernement, de se pourvoir lui-même devant le tribunal et d'invoquer sa protection?

Les mineurs n'ont pas qualité pour agir en justice, il est vrai; mais ce principe du droit commun peut-il être appliqué à l'hypothèse toute spéciale qui nous occupe? Et ne s'agit-il pas ici d'une sorte de droit de défense direct et personnel? N'est-il pas juste de reconnaître ce droit à l'enfant? et, s'il a ce droit, n'est-il pas nécessaire qu'il ait le moyen de l'exercer? (Comp. art. 382, deuxième alinéa; Merlin, *Rép.*, t. X, v° *Puissance paternelle*, sect. III, § 1, n° 1; Caen, 31 déc. 1811, D..., Sirey, 1812, II, 280; Bastia, 31 août 1826, Guitera, D., 1827, II, 179).

402. — Nous ne nous sommes jusqu'à présent occupé du pouvoir protecteur et réglementaire des magistrats que relativement à la garde de la personne de l'enfant et à la direction de son éducation.

Les magistrats ont-ils aussi le même pouvoir relativement aux autres attributs de la puissance paternelle, à savoir :

1° Au droit de correction;

2° Au droit d'émancipation;

3° Au droit qui appartient aux père et mère de donner ou de refuser leur consentement au mariage ou à l'adoption de leur enfant.

403. — Et d'abord, est-il possible d'empêcher, de la part du père ou de la mère, l'abus du droit de correction.

Nous avons dit que, lorsque le père agit par voie d'autorité, aux termes de l'article 376, sa volonté est souveraine, et que le président ne peut pas refuser l'ordre d'arrestation (*supra*, n° 313).

Cette proposition est incontestable, tant que le père a la garde de la personne de l'enfant. Dans ce cas, je ne crois pas qu'on ait le droit de l'empêcher de le faire détenir.

Supposons donc que la garde et l'éducation de l'enfant ont été enlevées au père (ou à la mère).

Le droit de faire détenir l'enfant pendant un certain temps est une conséquence du droit de garde; c'est un moyen d'éducation.

Or, il serait bien illogique que les magistrats, qui ont pu priver le père de la garde et de l'éducation de son enfant, ne pussent pas l'empêcher d'abuser ensuite contre lui du droit de correction!

Cela même serait d'autant plus dangereux que le père aurait ainsi le moyen de continuer ses mauvais traitements envers l'enfant, et que peut-être l'exercice de son pouvoir correctionnel aurait alors le caractère d'une odieuse vengeance, soit contre l'enfant lui-même, soit contre la personne à laquelle il aurait été confié.

Il faut donc que les magistrats aient le droit d'empêcher aussi cet abus, et de garantir, par cela même, l'efficacité des mesures de protection qu'ils ordonnent.

404. — Est-ce à dire que le père ou la mère, au-

quel la garde de l'enfant a été enlevée, perde par cela seul et nécessairement le droit de correction?

J'aimerais mieux ne point prononcer d'avance cette espèce de déchéance.

J'ai remarqué déjà qu'aucun texte ne nous autorise à enlever au père (ou à la mère) les droits de la puissance paternelle. Il faut donc observer, en cette occasion, la plus grande réserve et ne pas dépasser ce qu'exige l'intérêt actuel et immédiat de l'enfant.

Cette proposition n'offrira d'ailleurs aucun inconvénient sérieux, toutes les fois que le droit de correction ne pourra être exercé que par voie de réquisition. Il suffira d'avertir le président de l'état des choses (s'il ne le connaît pas déjà personnellement) pour qu'il refuse, s'il y a lieu, l'ordre d'arrestation (art. 377).

Que si le père a le droit de faire détenir son enfant par voie d'autorité (art. 376), le président pourra même alors refuser l'ordre d'arrestation, sauf au père à se pourvoir contre ce refus (*supra*, n° 333). Si le président avait accordé l'ordre d'arrestation dans l'ignorance des faits, par surprise ou autrement, la personne, à qui la garde de l'enfant aurait été confiée, pourrait elle-même se pourvoir devant le tribunal pour que cet ordre fût révoqué; et les magistrats seraient ainsi appelés à décider, en fait, si le jugement, qui a privé le père de la garde de l'enfant, doit avoir pour conséquence de lui enlever le droit de correction, surtout eu égard à l'exercice actuel qu'il en veut faire (*voy.* notre t. IV, n° 511, p. 604).

405. — J'appliquerai les mêmes principes à l'émancipation.

Je ne crois pas que le père (ou la mère), lors même qu'il a été privé de la garde et de l'éducation de son enfant, perde par cela seul la faculté de l'émancipation.

Tuteur ou non tuteur, remarié ou non remarié, il conserve cette faculté qui lui est conférée par l'article 477, et qu'aucun autre texte ne lui enlève.

Mais j'ajoute que si la garde et l'éducation de l'enfant lui avaient été enlevées, les tribunaux auraient alors aussi le droit de maintenir l'efficacité des mesures par eux ordonnées et de protéger l'enfant même contre l'abus de la faculté d'émancipation.

Le droit d'émanciper l'enfant peut être aussi considéré, à certains égards, comme une conséquence du droit de garde et d'éducation. Avant de prononcer l'émancipation, il faut bien apprécier le degré d'intelligence, d'instruction, de sagesse de l'enfant, afin de savoir s'il est déjà en état de se conduire par lui-même.

Il serait d'ailleurs d'autant plus dangereux de laisser au père ou à la mère le droit absolu d'émanciper l'enfant, lorsque la garde de cet enfant leur a été enlevée, que cette émancipation, qui pourrait être très-inopportune et très-funeste, ne serait encore ici le plus souvent de leur part qu'un acte de représailles et qu'un moyen de faire revenir près d'eux cet enfant, qu'on leur avait enlevé par les motifs les plus graves, pour cause d'immoralité peut-être!

Si donc, dans de telles circonstances, le père (ou la mère) avait déclaré devant le juge de paix qu'il émancipait son enfant, la personne à laquelle cet enfant aurait été confié, pourrait se pourvoir devant le tribunal pour demander la révocation de cet acte d'émancipation (arg. de l'article 485).

Elle pourrait provoquer d'abord la convocation du conseil de famille pour présenter son avis aux magistrats, qui eux-mêmes pourraient ordonner d'office que le conseil de famille serait consulté, s'il ne l'avait pas été d'abord.

406. — Quant au droit qui appartient au père et à la mère de donner ou de refuser leur consentement au mariage ou à l'adoption de leur enfant (art. 148, 346), je ne crois pas que les magistrats aient le pouvoir d'en suspendre ni d'en réglementer l'exercice. Ce droit appartient au père ou à la mère, tuteur ou non tuteur, remarié ou non remariée (*voy.* notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n° 45).

Et il leur appartient souverainement (voy. notre *Traité* précité, n° 86).

Non-seulement aucun texte ne nous autorise à y porter atteinte; mais nous ne pourrions pas non plus invoquer les motifs sur lesquels nous avons fondé le pouvoir modérateur et tutélaire des magistrats en ce qui concerne la garde de la personne de l'enfant; motifs d'humanité, de nécessité et d'ordre public.

Ces motifs ont bien pu s'étendre jusqu'à la faculté de faire détenir correctionnellement l'enfant et de l'émanciper.

Mais ils ne sauraient aller au delà.

Des abus sont possibles sans doute dans l'exercice de cet attribut si important de la puissance paternelle. Le refus de consentement à un mariage avantageux, le consentement surtout à un mariage déplorable pourraient être très-préjudiciables à l'enfant et compromettre tout son avenir.

Mais la loi est formelle; elle s'en est remise à l'affection des père et mère, aïeuls et aïeules, et du conseil de famille; et nous avons aussi remarqué que le système qui soumettrait à une sorte d'appel leur détermination dans ces circonstances délicates, aurait lui-même beaucoup de dangers.

CHAPITRE II.

DES EFFETS DE LA PUISSANCE PATERNELLE, EN CE QUI CONCERNE L'ADMINISTRATION ET LA JOUISSANCE DES BIENS DE L'ENFANT (LÉGITIME).

SOMMAIRE.

407. — Nous avons à nous occuper ici : 1° de l'administration des biens de l'enfant pendant le mariage ; 2° de l'usufruit paternel.

407. — Nous avons à exposer ici deux ordres de principes distincts :

1° Ceux qui concernent *l'administration*, qu'on a coutume d'appeler *légale* ou *paternelle*, c'est-à-dire la gestion des biens des enfants pendant le mariage;

2° Ceux qui concernent *l'usufruit*, qu'on nomme aussi *légal* ou *paternel*, c'est-à-dire la jouissance que la loi accorde au père ou à la mère sur les biens de leurs enfants pendant un certain temps et sous certaines conditions.

SECTION I.

DE L'ADMINISTRATION LÉGALE DES BIENS DES ENFANTS PENDANT LE MARIAGE.

SOMMAIRE.

408. — Le Code Napoléon ne traite pas de l'administration légale dans le titre de la puissance paternelle.
409. — Mais il est évident que ce sujet appartient à notre titre. — Article 389.
410. — Suite.
411. — Quelles sont les règles de l'administration légale? — Principes généraux.
412. — Quelles seraient les règles applicables, si cette administration était une tutelle? — Exposition, à grands traits, de l'organisation générale de la tutelle.

413. — Cette organisation est-elle applicable à l'administration légale ? — On a soutenu l'affirmative. — Exposé des motifs de cette théorie.

414. — Suite. — En conséquence, on a prétendu que les immeubles du père administrateur légal étaient grevés de l'hypothèque établie par l'article 2121.

415. — Appréciation et réfutation de cette théorie.

416. — Le Code Napoléon a consacré la différence, déjà reconnue dans notre ancien droit, entre l'administration légale et la tutelle.

417. — Quelles sont, quant aux effets, les différences à établir entre l'administration légale et la tutelle? — Principe général.

418. — Suite. — Division.

419. — A. Les garanties de bonne gestion et de restitution, en ce qui concerne le tuteur, sont : 1° l'hypothèque légale; 2° le subrogé tuteur; 3° le conseil de famille; 4° l'exclusion ou la destitution possible. — Il faut voir si ces garanties sont applicables au père administrateur légal.

420. — 1° L'hypothèque légale établie par l'article 2121 grève-t-elle les immeubles du père administrateur légal?

421. — 2° Faut-il nommer un subrogé tuteur?

422. — *Quid*, pourtant s'il arrivait que le père eût des intérêts opposés à ceux de son enfant?

423. — 3° Faut-il organiser un conseil de famille?

424. — 4° L'article 444 est-il applicable à l'administration légale? et le père pourrait-il en être exclu ou destitué pour les causes déterminées par cet article?

425. — Suite. — Les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour ordonner les mesures convenables dans l'intérêt de la conservation des biens.

426. — Si le père a l'usufruit légal des biens, peut-on lui en enlever la possession et l'administration?

427. — Suite.

428. — Suite.

429. — Quelles sont les personnes qui ont qualité pour provoquer des mesures de garantie contre l'administration légale du père ? — Renvoi.

430. — Toutes les causes d'excuse et de dispense de la tutelle, de même que toutes les causes d'incapacité, d'exclusion ou de destitution, ne sont-elles pas applicables à l'administration légale?

431. — B. Les règles, qui limitent les pouvoirs du tuteur, sont-elles applicables au père administrateur légal? — 1° Des actes d'administration.

432. — Les pouvoirs d'administration du père sont même plus étendus que les pouvoirs du tuteur.

433. — L'article 451 est-il applicable au père administrateur légal?

434. — Suite.

435. — Suite.
436. — *Quid*, de l'article 452?
437. — Suite.
438. — *Quid*, des articles 455 et 456?
439. — *Quid*, de l'article 1718?
440. — 2° Les actes qui sont absolument défendus au tuteur, sont aussi absolument défendus au père administrateur légal.
441. — Suite. — Le père peut-il acheter les biens de son enfant?
441 *bis*. — Peut-il accepter la cession d'un droit ou d'une créance contre lui?
442. — Peut-il prendre ses biens à bail?
443. — Il reste à examiner : 3° les actes pour lesquels le tuteur a besoin de l'autorisation du conseil de famille; 4° les actes pour lesquels il lui faut, outre cette autorisation, l'homologation du tribunal.
444. — Les opinions sont divisées sur le point de savoir si le père administrateur légal doit observer, pour ces deux sortes d'actes, les mêmes conditions et formalités que le tuteur. — Première opinion : Il est absolument dispensé de les observer.
445. — Deuxième opinion : Le père administrateur légal n'a jamais besoin de l'autorisation du conseil de famille; mais il doit obtenir l'homologation ou plutôt alors l'autorisation du tribunal, dans le cas où cette condition est imposée au tuteur.
446. — Troisième opinion : L'administration légale est soumise, sous ce rapport, aux mêmes règles que l'administration tutélaire.
447. — L'administration légale finit en même temps que la puissance paternelle.
448. — Mais elle ne dure pas toujours autant que cette puissance.
448 *bis*. — Que décider, si le survivant n'est ni usufruitier légal ni tuteur?
449. — Dans quels cas la mère est-elle appelée à l'administration légale?
450. — Suite.
451. — *Quid*, si le père et la mère se trouvent tous les deux à la fois incapables d'exercer la puissance paternelle?
452. — L'administrateur légal doit, comme tout mandataire, rendre compte de sa gestion.
453. — Il est soumis, en ce qui concerne la reddition de son compte, aux règles du droit commun.
454. — Faut-il appliquer au père administrateur légal les articles 472, 474 et 475?
455. — *Quid*, de l'article 472?
456. — *Quid*, de l'article 474?
457. — *Quid*, de l'article 475?
458. — Des biens peuvent-ils être donnés ou légués à un enfant sous la condition que son père n'en aura pas l'administration?

458 *bis*. — Suite. — *Quid*, si l'enfant auquel des biens ont été donnés ou légués sous cette condition, vient à être émancipé?

408. — Le Code Napoléon traite uniquement, dans notre titre, de *l'usufruit paternel* (art. 384 et suiv.).

Ce n'est que dans le titre suivant (titre x, *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation*) qu'il s'est occupé de l'*administration*.

409. — L'article 389 est ainsi conçu :

« Le père est, durant le mariage, administrateur des « biens personnels de ses enfants mineurs.

« Il est comptable, quant à la propriété et aux re- « venus, des biens dont il n'a pas la jouissance; et, « quant à la propriété seulement, de ceux des biens « dont la loi lui donne l'usufruit. »

Il est évident que ce sujet appartient au titre *de la Puissance paternelle*, puisque pendant le mariage, la tutelle n'existant pas encore, ce n'est qu'en vertu de cette puissance que le père (ou la mère, en cas d'incapacité du père) peut être chargé de l'administration des biens de l'enfant.

Nous verrons toutefois s'il n'y aurait pas lieu de déduire certaines conséquences plus ou moins graves, de la place qui a été donnée à la disposition de l'article 389, dans le titre *de la Tutelle*.

Quoi qu'il en soit, l'ordre naturel et scientifique des idées me paraît exiger que nous nous occupions ici de l'*administration légale* des biens de l'enfant, pour n'aborder qu'ensuite ce qui concerne l'*usufruit* (voy. *Revue de droit français et étranger*, 1844, t. I, p. 658, *Dissertation*, par M. Aubry).

410. — Je dis que c'est en vertu de la puissance paternelle que le père est, pendant le mariage, l'administrateur des biens de ses enfants mineurs (et non émancipés).

Il peut même avoir, et il a presque toujours, pen-

dant un certain temps, un double titre pour posséder et administrer ces biens.

Il a d'abord le mandat légal que l'article 389 lui confère;

Il a aussi, pendant un certain nombre d'années, son titre d'usufruitier légal, qui lui confère un droit *propre* de possession et de jouissance (art. 453 ; comp. *Observations du Tribunat*, Locré, *Législat. civ.*, t. VII, p. 213; et *Exposé des motifs*, par Berlier, Locré, *Législat. civ.*, t. VII, p. 234).

411. — Quelles sont les règles de cette administration paternelle?

En général, la loi, lorsqu'elle confie à une personne la gestion des biens d'une autre personne hors d'état de diriger elle-même ses affaires, la loi, dis-je, prend deux sortes de mesures :

1° Elle exige des garanties de restitution, des garanties contre l'incapacité ou l'infidélité de la gestion ;

2° Elle définit, elle limite les pouvoirs de son mandataire, de son préposé.

Voilà ce que nous avons vu pour les envoyés en possession des biens d'un absent (*voy.* notre *Traité de l'Absence*, n°s 89 et suiv.); voilà ce que nous verrons encore pour les tuteurs des mineurs et des interdits.

412. — Et si, par exemple, il s'agissait ici d'une tutelle, si le père, pendant le mariage, était considéré comme tuteur, voici rapidement, et à grands traits, ce qui se passerait :

Comme garanties de restitution et de bonne gestion, nous aurions :

1° Une hypothèque légale (art. 2121);

2° Un subrogé tuteur (art. 420);

3° Un conseil de famille organisé et permanent, exerçant une surveillance générale;

4° La possibilité d'exclure ou même de destituer le tuteur (art. 444).

Comme détermination de pouvoirs, nous aurions quatre espèces d'actes :

1° Les uns, les actes de l'administration, que le tuteur pourrait faire seul;

2° Les autres, plus importants, pour lesquels l'autorisation du conseil de famille serait nécessaire, mais suffisante ;

3° Les troisièmes, plus importants encore, pour lesquels l'autorisation du conseil de famille devrait être suivie de l'homologation judiciaire;

4° Enfin, certains actes d'un tel caractère qu'ils seraient complétement interdits au tuteur.

Voilà l'organisation générale de la *tutelle*.

413. — Notre question est maintenant celle-ci :

Cette organisation est-elle applicable à l'*administration légale?*

On pourrait soutenir l'affirmative, et on l'a même soutenue dans les premiers temps :

Eh! pourquoi pas? en effet, dirait-on; la situation n'est-elle pas de tous points la même?

Administrateur légal ou tuteur, le nom importe peu!

La vérité du fait, c'est que le père est chargé d'administrer les biens de son enfant mineur;

Or, la tutelle n'a pas d'autre mission que celle-là (art. 450);

Donc, il n'y a pas de différence.

Autrement, qu'arrive-t-il? vous manquez absolument de règles; car il n'y a rien à cet égard dans notre titre, rien dans le titre *de la Tutelle*, excepté l'article 389, qui se borne à déclarer le père administrateur légal.

Mais du caractère de cette administration, de ce que le père pourra ou ne pourra pas faire, des précautions,

des garanties indispensables que la loi n'aurait pas pu négliger sans la plus coupable imprévoyance, de tout cela, rien! pas un article! pas un mot!

Ce silence serait véritablement inexplicable, si le législateur, en effet, n'avait pas eu l'intention d'appliquer à l'*administration* du père toutes les règles qu'il a tracées pour l'*administration* du tuteur, et par suite aussi toutes les mesures par lesquelles il surveille et garantit cette administration.

Et voilà pourquoi, sans doute, il a placé l'article 389 dans le titre même *de la Tutelle*.

De tous ces motifs on a conclu :

« Que relativement aux intérêts des enfants, à la conservation de leurs biens personnels, on doit appliquer à la puissance paternelle tout ce qui fait partie de la tutelle. » (Persil, *du Régime hypothécaire*, t. Ier, art. 2121, n° 36.)

414. — Et, par exemple, on a soumis les immeubles du père administrateur à l'hypothèque légale établie par l'article 2121 (comp. Colmar, 22 mai 1816, Sponlé, Sirey, 1817, II, 207; Toulouse, 22 déc. 1818, Turben, Sirey, 1819, II, 201; Persil, art. 2121, n° 36; Battur, *des Privil. et Hypoth.*, t. II, n° 365; D., *Rec. alph.*, t. X, v° *Hypothèques*, chap. II, sect. II, art. 2, n° 10).

415. — Ce système, sans doute, avait de l'ensemble; il était simple et complet; il était exempt surtout des embarras que nous allons éprouver, lorsque, forcé nous-même d'adopter certaines règles de la tutelle, il nous faudra dire pourquoi nous ne les adoptons pas toutes, et par quels motifs nous distinguons entre les unes et les autres.

Quoi qu'il en soit, ce système n'a pas réussi; et nous allons prouver qu'il ne pouvait pas réussir.

Sur quoi repose-t-il en effet?

Sur l'assimilation absolue, sur l'assimilation, en fait et en droit, de l'*administration légale* et de la *tutelle*.

Or, précisément, en fait et en droit, cette assimilation complète est inadmissible.

Elle est contraire d'abord, en fait, à la vérité, aux mœurs et aux habitudes des familles ;

Et elle n'est pas davantage conforme à la loi, aux textes mêmes de la loi.

En fait, en raison, il y a une très-grande différence entre la position des enfants, qui ont encore, qui ont l'immense bonheur d'avoir encore leur père et leur mère,

Et la position de ceux qui ont déjà perdu l'un ou l'autre.

Pendant le mariage, le père et la mère sont là, se consultant, se concertant tous les deux, veillant en quelque sorte l'un sur l'autre, à leur insu, avec une instinctive émulation de tendresse. C'est là une garantie assurément très-sérieuse, garantie fondée à la fois sur l'amour paternel et sur l'amour conjugal, dont les enfants sont le gage et le lien le plus puissant.

Ajoutez que les enfants n'ont pas ordinairement alors de biens personnels, ou qu'ils n'en ont que de peu d'importance. Telle est du moins l'hypothèse la plus générale, celle en vue de laquelle le législateur doit statuer. La première origine de la fortune des enfants, c'est, le plus souvent, le prédécès de leur père ou de leur mère (art. 745).

Ajoutez, par suite, qu'il n'y a pas ordinairement non plus, pendant le mariage, d'intérêts opposés entre les père et mère et les enfants, de ces intérêts que la mort de l'un d'eux ouvre au contraire presque toujours.

Voilà la vérité des faits ; voilà les mœurs de la famille.

Et la tradition historique les confirme pleinement.

On distinguait aussi, dans notre ancienne jurisprudence, la *légitime administration* du père d'avec la *tutelle;* la première constituait un mandat essentiellement basé sur la confiance de la loi dans l'affection paternelle; aussi, les pouvoirs qui en résultaient, étaient-ils plus libres et plus étendus que les pouvoirs du tuteur (comp. Merlin, *Rép.*, t. VII, v° *Légitime administration;* Coquille, sur l'article 2, de la Coutume de Nivernais; de Laurière sur Loysel, *Inst. cout.*, livre I, titre IV, règle 1).

416. — Eh bien! le Code Napoléon a consacré aussi ces mœurs et ces faits.

Et il a établi une grande différence entre l'administration légale et la tutelle.

Cette différence ressort avec éclat des articles 389 et 390, qui distinguent si soigneusement l'une de l'autre, et qui n'ont pas pu vouloir, sans doute, faire seulement une distinction dans les mots, ni assimiler complétement deux situations entre lesquelles ils élevaient cette évidente antithèse.

Les auteurs du Code Napoléon s'en sont d'ailleurs formellement expliqués.

Le Tribunat, en proposant l'article 389, qui n'existait pas d'abord dans le projet du Code, s'exprimait ainsi :

« La section pense que le premier article de ce chapitre doit exprimer, en termes précis, quelle est, durant le mariage, la qualité du père par rapport aux biens personnels de ses enfants mineurs, soit pour ce qui concerne la propriété de ces biens seulement, s'il a droit à la jouissance, soit pour ce qui concerne la jouissance et la propriété, si l'une et l'autre appartiennent à ses enfants. Jamais, jusqu'à ce jour, le père ne fut qualifié de tuteur de ses enfants avant la dissolution du mariage. Si, pendant que le mariage existe, la

loi n'admettait aucune différence entre le père et le tuteur proprement dit, il faudrait que le père fût, par rapport aux biens personnels de ses enfants, assujetti, durant le mariage, à toutes les conditions et charges que la loi impose au tuteur. Il faudrait que le père fût sous la surveillance d'un subrogé tuteur, sous la dépendance d'un conseil de famille, etc., etc., ce qui répugne à tous les principes constamment reçus.

« Il paraît évident que jusqu'à la dissolution du mariage, le véritable titre du père, et le seul qu'il puisse avoir, dans l'hypothèse dont il est ici question, est celui d'administrateur.

« C'est sur cette observation qu'est fondée la disposition suivante que la section adopte :

« Le père est durant le mariage administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs.

« Il est comptable, quant à la propriété et aux revenus, des biens dont il n'a pas la jouissance, et quant à la propriété seulement, de ceux des biens dont la loi lui donne l'usufruit.

« Tout ce qui concerne la propriété des biens sera réglé par les dispositions de la section VIII. » (Locré, *Législ. civ.*, t. VII, p. 215.)

Et dans l'exposé des motifs, M. Berlier disait aussi :

« Tout mineur n'est pas nécessairement en tutelle; celui dont les père et mère sont encore vivants, trouve en eux des protecteurs naturels; et, s'il a quelques biens personnels, l'administration en appartient à son père.

« La tutelle commence au décès du père ou de la mère; car alors, en perdant un de ses protecteurs naturels, le mineur réclame déjà une protection plus spéciale de la loi. » (Fenet, t. X, p. 639.)

417. — Il faut donc qu'il y ait aussi des différences au fond des choses et dans les effets.

Quelles sont ces différences?

Nous avons maintenant à les signaler et à formuler notre doctrine.

Or, selon nous, le principe commun des différences que l'on devra faire, résulte précisément de ce que l'un des pouvoirs n'est qu'une administration légale, tandis que l'autre est une tutelle proprement dite.

Les dispositions qui gouvernent la tutelle proprement dite, considérée surtout comme tutelle, ne seront donc pas applicables à l'administration légale.

Au contraire, les dispositions qui, bien que placées dans le titre *de la Tutelle*, n'ont rien de précisément spécial et exceptionnel, mais qui sont plutôt des règles générales, des règles de droit commun, dont la raison appelle l'application à toute administration semblable, ces dispositions devront être appliquées par voie d'analogie, et d'après l'intention présumée du législateur, à l'administration légale.

418. — Cela posé, je vais m'expliquer :

A. Sur les garanties de restitution et de bonne gestion, qui doivent ou ne doivent pas être exigées du père administrateur ;

B. Sur l'étendue et les limites de son pouvoir (*supra*, n° 411).

419. — A. Les garanties de bonne gestion et de restitution établies dans l'intérêt du mineur, sont, avons-nous dit :

1° L'hypothèque légale ;

2° Le subrogé tuteur ;

3° Le conseil de famille ;

4° L'exclusion ou la destitution possible du tuteur.

Je les reprends successivement.

420. — 1° L'hypothèque légale établie par l'article 2121, grève-t-elle les immeubles du père admi-

nistrateur, pendant le mariage, des biens personnels de ses enfants mineurs ?

Dans ce groupe de questions qui nous occupent en ce moment, celle-ci a été la plus agitée (*supra*, n° 414).

Mais elle paraît aujourd'hui définitivement résolue en ce sens qu'il n'y a point alors d'hypothèque légale, et avec beaucoup de raison :

L'hypothèque, en général, n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisées par la loi (art. 2115); et, en particulier, l'hypothèque légale ne peut résulter que de la loi (art. 2117);

Or, d'une part, les articles 2121, 2135, 2194, etc., ne grèvent d'une hypothèque légale que les immeubles du tuteur; d'autre part, le père, pendant le mariage, n'est pas tuteur de ses enfants ;

Donc, ses immeubles ne sont pas grevés de l'hypothèque légale.

Lors même donc qu'il y aurait analogie entre les deux situations, entre l'administration légale et la tutelle, il serait impossible d'étendre cette hypothèque légale d'un cas à un autre; car le régime des hypothèques intéresse la société tout entière; il affecte le crédit public, et ce n'est qu'au législateur qu'il appartient de l'organiser.

Mais l'analogie même n'existe pas ; et c'est à dessein, c'est intentionnellement que l'hypothèque légale n'a pas été attachée, par les auteurs du Code Napoléon, à l'administration paternelle.

J'ai déjà remarqué que les enfants n'ont pas ordinairement de biens personnels pendant la vie de leurs père et mère ; et il n'y avait pas lieu, dès lors, de leur accorder une garantie d'autant plus exorbitante qu'elle eût été inutile.

On devait d'autant moins le faire, que déjà les immeubles du mari sont grevés d'une hypothèque légale

au profit de la femme, et qu'on aurait eu ainsi, pendant toute la durée du mariage, deux hypothèques générales sur la presque totalité des immeubles du pays!

Notez enfin que les partisans de l'opinion, qui veut attacher une hypothèque légale à l'administration paternelle, sont fort embarrassés pour en déterminer le rang.

L'hypothèque du mineur date *du jour de l'acceptation de la tutelle* (art. 2135-1°).

Mais le père n'accepte, à aucun moment, l'administration des biens de ses enfants pendant le mariage; elle lui est déférée de plein droit, comme la puissance paternelle, dont elle est un des attributs.

L'hypothèque daterait-elle donc du jour de la naissance de l'enfant, ou seulement, comme le propose M. Persil, *du jour où les enfants commencent à avoir des propriétés ?* (*Régime hypoth.*, t. I, art. 2121, n° 36.)

L'une et l'autre époque seraient également en dehors des prévisions de la loi, et également arbitraires.

Enfin, remarquez que beaucoup de dispositions relatives à l'hypothèque légale du mineur exigent l'intervention du subrogé tuteur (art. 2137, 2138, 2142, 2194, etc.), et que l'application en serait impossible à notre hypothèse, dans laquelle il n'y a pas de subrogé tuteur, ainsi que nous allons le démontrer (Cass., 3 déc. 1821, Marteau, Sirey, 1822, I, 80; Riom, 23 mai 1822, Bouderge, Sirey, 1825, II, 152; Lyon, 3 juill. 1827, Mulsant, Dev., 1830, II, 101; Poitiers, 31 mars 1830, Krom, Dev., 1830, II, 138; Bordeaux, 10 avril 1845, Gillet, Dev., 1847, II, 166; Nîmes, 5 févr. 1849, Madon, D., 1850, I, 266; Grenoble, 4 févr. 1850, Cogne, D., 1851, I, 316; Riom, 30 août 1852, de La Tour d'Auvergne, D., 1854, II, 227; Merlin, *Rép.*, t. XVII, v° *Puissance paternelle*, sect. IV, n° 17; Grenier, *des*

Priv. et Hypoth., t. II, n° 424; Troplong, *des Hypothèques*, t. II, art. 2121, n° 424; Valette sur Proudhon, t. II, p. 282, note *a*, et *Traité des Hypothèques*, t. I, p. 287; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 449; Duranton, t. III, n° 416, et t. XIX, n° 308; Magnin, *des Minorités*, t. II, n° 1280; Marchant, *Code de la Minorité*, livre II, chap. I, sect. I, n° 5; de Freminville, *de la Minorité*, t. I, livre II, n° 18; Aubry, *Revue de droit français et étranger*, année 1834, p. 665; Pont, *des Priv. et Hypoth.*, art. 2121, n° 493).

421. — 2° Quant à la question de savoir s'il y a lieu de nommer un subrogé tuteur aux enfants pendant le mariage de leurs père et mère, je ne crois pas qu'elle ait jamais été sérieusement douteuse.

Non assurément, on ne doit pas nommer de subrogé tuteur.

Qui dit subrogé tuteur, dit tuteur; or, il n'y a point de tuteur, il n'y a point de tutelle.

L'article 420 n'est donc pas applicable.

La mère est là, qui vaut bien un subrogé tuteur!

Il se peut, il est vrai, que la mère elle-même exerce la puissance paternelle, dans le cas, par exemple, d'absence ou d'interdiction du père; mais c'est un accident, une exception.

Et puis enfin, je le répète, les enfants n'ont pas alors, le plus souvent, de biens personnels, ni des intérêts contraires à ceux de leurs père et mère (Cass., 4 juillet 1842, Alary, Dev., 1842, I, 601; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 220).

422. — Mais pourtant si cette hypothèse se présentait, s'il arrivait que le père eût des intérêts opposés à ceux de ses enfants, qu'une contestation judiciaire, par exemple, s'élevât entre eux, ou qu'ils fussent appelés ensemble à la même succession, que ferait-on?

On nommerait à l'enfant un tuteur *ad hoc*, qui serait

chargé de le représenter et de défendre ses droits, et dont la mission finirait avec la cause qui y aurait donné lieu (arg. de l'article 318).

Cette mesure est suffisante, et il n'est pas nécessaire de nommer d'avance, pour ce cas éventuel et hypothétique, un subrogé tuteur permanent (Turin, 9 janvier 1811, Aschera, Sirey, 1811, II, 284; Proudhon, t. II, p. 282; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 448; Massé et Vergé, t. I, p. 406; Marcadé, t. II, art. 389, n° 1; Marchant, *Code de la Minorité*, livre II, chap. I, sect. I, n° 5; de Freminville, *Traité de la Minorité*, livre II, n° 14; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 589; Demante, t. I, n° 137 *bis*, I).

M. Duranton, qui exprime le même avis, ajoute toutefois que le représentant nommé à l'enfant, devrait prendre le nom de *subrogé tuteur ad hoc* (t. III, n° 415, note 1).

Le nom importe peu; mais enfin, celui de *tuteur ad hoc*, qu'on s'accorde en général à employer dans ce cas, me paraît en effet plus exact; car il ne saurait y avoir de *subrogé tuteur* là où il n'y a point de tuteur.

423. — 3° Les solutions, qui précèdent, ont déjà résolu d'avance la question à laquelle j'arrive en ce moment, la question de savoir s'il y a lieu de placer un conseil de famille à côté du père administrateur légal.

Non, il n'y a pas plus lieu à l'organisation d'un conseil de famille qu'à la nomination d'un subrogé tuteur; ce sont là deux rouages de la tutelle; or, nous ne sommes pas sous le régime de la tutelle; aussi le Tribunat et l'orateur du gouvernement ont-ils déclaré, en termes formels, que le père, durant le mariage, n'était pas sous la dépendance d'un conseil de famille (*supra*, n° 416).

Il pourra sans doute arriver qu'il soit nécessaire

d'obtenir, même durant le mariage, l'avis d'un conseil de famille relativement à certains actes concernant le patrimoine de l'enfant (*infra*, n° 446); de même que nous venons de voir qu'il peut être nécessaire de nommer, sinon un subrogé tuteur, du moins un *tuteur ad hoc*, qui remplit une mission toute semblable.

Mais ce ne sera qu'accidentellement, et sur la réquisition du père lui-même, qu'il y aura lieu de convoquer ainsi un conseil de famille.

Ce conseil n'est point ici permanent; il n'est point une autorité, chargée de surveiller le père administrateur, qui au contraire administre seul, sans contrôle, en vertu du mandat, qu'il a reçu de la loi pleine de confiance dans l'affection simultanée des père et mère.

424. — 4° L'article 444 est-il applicable à l'administration légale, et le père ou la mère, si elle en était accidentellement chargée, pourraient-ils être exclus ou destitués pour les causes déterminées par cet article?

« Sont aussi exclus de la tutelle, et même destitua-
« bles, s'ils sont en exercice :

« 1° Les gens d'une inconduite notoire ;

« 2° Ceux dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité. »

Nous avons déjà invoqué cet article pour établir que l'administration de la personne elle-même de l'enfant pouvait être enlevée au père (ou à la mère), qui s'en montrait incapable ou indigne.

A plus forte raison, dès lors, pouvons-nous l'invoquer en ce qui concerne l'administration légale, qui n'est pas, certes, un attribut aussi précieux et aussi essentiel de la puissance paternelle que le droit de garde et d'éducation de l'enfant.

La raison d'ailleurs, la nécessité même, l'identité absolue de motifs, tout exige que le père (ou la mère),

dont l'administration compromet les biens de l'enfant, puisse en être écarté.

Administrer en bon père de famille, administrer honnêtement (art. 450), tel est le mandat que la loi donne au père absolument comme au tuteur; et l'article 444 doit en être, pour les deux cas, la sanction commune, parce qu'il en est, pour les deux cas, la conséquence logique et nécessaire.

C'est ainsi que, malgré la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales (art. 1395), la femme peut demander sa séparation de biens, lorsque ses biens sont en péril dans les mains du mari (art. 1443, 1563).

Le principe me paraît certain, et je n'hésite pas à en conclure que l'administration légale peut être totalement enlevée au père, en vertu de l'article 444.

425. — Toutefois, comme après tout, cet article 444 n'est pas alors directement applicable; comme le père, pendant le mariage, a été traité par la loi plus favorablement que le tuteur, je pense en même temps que les magistrats feront bien d'y mettre eux-mêmes les ménagements qui seraient compatibles avec les intérêts de l'enfant; et, en appliquant ici la même théorie que j'ai proposée en ce qui concerne l'administration de la personne de l'enfant, je dirai que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour ordonner aussi, en ce qui concerne l'administration des biens, celles des mesures de conservation et de garantie qui leur paraissent utiles et suffisantes, et qu'ils feront sagement, en général, de se borner à pourvoir à l'intérêt en souffrance, sans aller au delà, afin de porter à la puissance paternelle la moindre atteinte possible.

426. — L'application de l'article 444 à l'administration paternelle sera d'ailleurs plus ou moins difficile et contestable, suivant une distinction importante.

S'il s'agit de biens dont le père n'a pas l'usufruit légal (art. 384 et suiv.), on ne rencontre alors, dans cette administration paternelle, aucun obstacle particulier.

Mais si vous supposez (ce qui est d'ailleurs la règle) que le père a la jouissance légale des biens de l'enfant, une objection va s'élever.

Le père, en effet, alors, possède et administre les biens de l'enfant, non-seulement comme son représentant et son mandataire légal, mais aussi en vertu d'un droit à lui *propre* (art. 453), en vertu de son droit personnel d'usufruit;

Or, l'usufruit, c'est le droit de jouir de la chose en nature, de la posséder et de l'administrer (art. 578);

Donc, l'article 444, qui ne prononce, après tout, que la révocation d'un simple mandataire, est insuffisant pour priver un usufruitier de la possession et de l'administration des biens sur lesquels il a un titre propre et direct.

Cette objection paraît pressante; et, néanmoins, je ne crois pas qu'elle doive détruire ni même modifier, pour cette hypothèse, le principe que je viens de poser.

427. — Les actes reprochés au père ou à la mère peuvent être de deux sortes :

Ou ce sont des actes de négligence, d'incapacité, des méfaits dans l'administration des biens, et qui affectent directement les biens eux-mêmes; le père, par exemple, ne fait aucune réparation; il laisse les prescriptions s'accomplir, il abat les bois, etc., etc.

Ou les biens eux-mêmes étant d'ailleurs dans un bon état de gestion, ce sont des manquements aux devoirs de la puissance paternelle envers l'enfant, et aux conditions mêmes sous lesquelles l'usufruit légal est accordé. Le père, par exemple, néglige l'entretien et

l'éducation de ses enfants ; il emploie leurs revenus dans son seul intérêt, ou il les dissipe dans de folles dépenses, etc.

Eh bien ! je dis que, ni dans l'un ni dans l'autre cas, son droit personnel de jouissance ne saurait faire obstacle aux mesures de conservation et de garantie qui seraient jugées nécessaires dans l'intérêt de l'enfant.

Nous examinerons bientôt si le père (ou la mère) ne pourrait pas même, dans les circonstances de ce genre, être privé de l'usufruit légal (*infra*, n° 601) ; et si cette question était décidée affirmativement, il est clair que l'objection, dont je m'occupe, disparaîtrait entièrement.

Mais sans vouloir rien préjuger à cet égard, nous pouvons, du moins, dès à présent, affirmer qu'il sera possible de prendre contre le père ou la mère usufruitier les mesures nécessaires pour garantir, soit la bonne administration des biens, soit l'accomplissement des devoirs qui leur sont imposés, en ce qui concerne l'entretien et l'éducation des enfants.

Car aucun usufruitier ne jouit qu'à la charge de conserver la substance et d'administrer en bon père de famille (comp. art. 678, 601, 618).

Car le père (ou la mère) n'a l'usufruit légal qu'à la charge de nourrir et d'élever l'enfant (art. 385).

Si donc le père invoquait son double titre d'usufruitier et d'administrateur légal, nous lui répondrions que dès que les abus sont prouvés, il est doublement en faute, puisqu'il viole à la fois ses obligations d'administrateur légal et d'usufruitier.

On pourra, en conséquence, même dans ce cas, enlever au père (ou à la mère) l'administration des biens, si cette mesure est nécessaire, sauf à charger le tiers auquel cette administration sera confiée, de remettre

à l'usufruitier légal l'excédant des revenus sur les dépenses de la gestion des biens et de l'éducation des enfants (arg. de l'article 618).

La Cour de Besançon semble avoir consacré une doctrine contraire par un arrêt du 1er août 1844 (Seguin, Dev., 1846, II, 176; comp. aussi Toulouse, 26 août 1818, Bertrand, Sirey, 1822, II, 8; Toulouse, 2 juillet 1821, M..., D., 1822, II, 39).

Que les tribunaux usent de tous les ménagements possibles envers le père et la mère; qu'ils emploient, si cela est possible, des mesures conservatoires qui leur laissent la possession et la jouissance en nature des biens, je le comprends! mais ce qui me paraît évident, c'est que si les faits sont tels, qu'on ne puisse sauvegarder efficacement l'intérêt des enfants, qu'en enlevant au père (ou à la mère) l'administration même des biens, si, par exemple, leur fortune se compose de valeurs mobilières qui sont en péril dans les mains du père, et qui peuvent être perdues par lui d'un moment à l'autre, il faut alors lui enlever cette administration; il le faut, je le répète! la raison et la nécessité l'exigent; aussi, nos anciens auteurs n'avaient-ils, à ce sujet, aucune hésitation (Ferrières, *des Tutelles*, part. IV, sect. VII, n° 345).

Et voilà bien en effet ce qu'a décidé la Cour de Cassation (19 avril 1843, L.... C. Marty, Dev., 1843, I, 385; ajout. Paris, 29 août 1825, Decambray, Sirey, 1826, II, 44; Cass., 16 déc. 1829, Beer, Sirey, 1830, I, 126; Cass., 20 juin 1843, Royer, Dev., 1843, I, 651; Limoges, 28 février 1846, M.... C. Parthouneaud, Dev., 1846, II, 355; Valette sur Proudhon, t. II, p. 283, note *a*, V; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 449, 450; Massé et Vergé, t. I, p. 407, 408; Marcadé, t. II, art. 389, n° 5; de Freminville, *Traité de la Minorité*, t. I, livre II, n° 17).

428. — Ces principes sont applicables dans tous les cas :

Soit pendant le mariage ;

Soit après la dissolution du mariage, à l'égard du survivant, tuteur ou non tuteur, remarié ou non remarié.

Seulement nous ferons ici la même observation que nous avons déjà présentée en parlant de l'administration de la personne des enfants.

C'est que, suivant ces différentes circonstances, les mesures de conservation et de garantie seront non-seulement, en fait, plus ou moins nécessaires, mais aussi, en droit, plus ou moins faciles à motiver et à justifier.

Ainsi, par exemple (et pour compléter ce sujet, je vais de suite m'expliquer ici sur cette hypothèse), lorsqu'après la dissolution du mariage, le survivant se sera excusé (art. 394) ou qu'il aura été exclu ou destitué de la tutelle (art. 427 et suiv.), il aura encore, malgré cela, sans doute, son droit d'usufruit légal.

Mais s'il abuse des biens, ou s'il n'en emploie pas les revenus à l'éducation convenable de ses enfants, nous serons plus forts juridiquement contre lui ; car il n'y a plus ici d'*administration légale* (art. 389), et le survivant non tuteur n'a plus d'autre titre que celui d'usufruitier pour posséder les biens de l'enfant ; car la tutelle est là, ouverte et actuelle ; car le tuteur, lui aussi, a le droit et le devoir d'administrer les biens, de prendre soin de la personne du mineur (art. 450), et par suite de veiller à tout ce qui peut compromettre ce double intérêt.

Nous avons alors en présence deux droits, je dirais presque égaux ; et, s'il est vrai que le père ou la mère survivant doit posséder et administrer les biens par

préférence au tuteur, en vertu de son usufruit légal, ce droit n'est pas tel que si le père en viole les conditions, le droit du tuteur ne doive, à son tour, l'emporter.

Les magistrats prononceraient donc entre l'un et l'autre, suivant les circonstances.

429. — Quant aux différentes personnes qui auraient qualité pour provoquer des mesures de garantie contre l'administration légale des père et mère, je ne puis que me référer à ce que j'ai dit en ce qui concerne ceux qui pourraient provoquer des mesures de protection dans l'intérêt de la personne des mineurs (*supra*, n° 397.)

Les principes, à cet égard, sont évidemment les mêmes dans les deux cas.

430. — Je me suis borné, dans la discussion qui précède, à établir qu'il faut appliquer au père administrateur légal, l'article 444, qui appartient, dans le titre *de la Tutelle*, à la section VII du chapitre II, intitulée : *de l'Incapacité, des exclusions et destitutions de la tutelle.*

Mais ne faudrait-il pas aller plus loin, et ne devrait-on pas appliquer entièrement au père administrateur toutes les dispositions renfermées dans les sections VI et VII de ce chapitre II ?

En d'autres termes, toutes les causes de dispense de la tutelle (section VI), de même que toutes les causes d'incapacité, d'exclusion ou de destitution (section VII) sont-elles communes à l'administration légale ?

M. Valette enseigne l'affirmative (sur Proudhon, t. I, p. 283, note A, V.; ajout. de Freminville, *des Minorités*, t. I, p. 17).

Mais l'opinion contraire, professée par M. Aubry, dans son excellent article de la *Revue de droit français et étranger* (1834, p. 666, 667 et 683), me paraît aussi préférable :

1° Le texte des articles 427, 442 et suivants s'ap-

plique à la tutelle, au tuteur; or, il n'y a pas, dans notre hypothèse, de tuteur ni de tutelle.

2° Sans doute, nous empruntons nous-même plus d'un article au régime de la tutelle pour l'appliquer à l'administration légale. Mais c'est qu'alors cette application nous paraît justifiée soit par la nécessité, soit du moins par une incontestable analogie de motifs.

Or, il ne nous semble pas qu'il en soit ainsi dans la question qui nous occupe.

D'une part, et pour nous expliquer d'abord sur ce qui concerne les causes d'incapacité, d'exclusion ou de destitution, l'administration légale est un attribut de la puissance paternelle; elle est une conséquence naturelle de l'autorité du père sur la personne de ses enfants; je dirais presque (sans vouloir pousser trop loin cette comparaison), que le père gouverne la fortune de ses enfants comme le mari gouverne le plus souvent la fortune de sa femme, en sa qualité de chef de la famille;

Or, les causes d'incapacité, d'exclusion ou de destitution de la tutelle ne sont pas applicables à la puissance paternelle; la dégradation civique, par exemple, qui emporte de plein droit l'incapacité d'être tuteur (art. 34 C. pén.), n'entraîne pas la déchéance de l'autorité paternelle (*supra*, n° 363);

Donc, l'autorité paternelle doit subsister alors tout entière, et par conséquent avec le droit d'administration légale, d'autant plus que les dispositions qui prononcent des incapacités ou des exclusions, sont de droit étroit, et ne doivent pas être étendues.

D'autre part, et en ce qui concerne les excuses et les causes de dispenses, le père conservant toujours les prérogatives, les avantages de la puissance paternelle, ne saurait invoquer ces causes à l'effet seulement de se soustraire aux charges corrélatives qu'elle impose.

Ajoutons que ces charges sont moins gênantes et moins onéreuses que les charges de la tutelle, et que dès lors les motifs qui ont fait établir les dispenses de la tutelle, celles-là même qui semblent, à quelques égards, fondées sur l'intérêt public, n'existent pas ici, à beaucoup près, au même degré.

3° Enfin, la doctrine, que je propose, me semble n'offrir aucun inconvénient; car je réserve toujours, sur toutes ces questions, le pouvoir réglementaire des magistrats, qui me paraît applicable à l'administration des biens comme à l'administration de la personne.

De même que j'ai pensé qu'ils peuvent appliquer au père l'article 444, et l'exclure ou le destituer de l'administration légale;

De même je penserais qu'ils pourraient aussi, suivant les cas, l'en dispenser, si, en fait, ils reconnaissaient que cette administration est devenue, pour le père, une charge très-difficile et très-pénible à remplir; comme si, par exemple, le père était atteint d'une infirmité grave et dûment justifiée (art. 434). Les magistrats apprécieraient s'il peut néanmoins continuer, ne fût-ce que par un mandataire, à administrer les biens de ses enfants, ou si la surveillance de ce mandataire ne serait pas même pour lui fort gênante, surtout si, n'ayant pas la jouissance des biens de ses enfants, il était comptable envers eux des revenus (comp. aussi Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 407, 408).

431. — B. Nous avons à rechercher maintenant si les règles, qui organisent et limitent les pouvoirs du tuteur, sont applicables au père administrateur légal.

Parmi les quatre espèces d'actes, que j'ai indiqués plus haut (n° 412), il y en a deux, sur lesquels je ne crois pas qu'on puisse élever de difficulté bien sérieuse.

Ainsi, 1° les actes, que le tuteur peut faire seul, le

père, administrateur légal, a certainement aussi le droit de les faire seul; tels sont, en général, les actes d'administration (art. 389, 450, 1988; *voy.* notre *Traité de l'Absence*, n° 103).

432. — Il faut même ajouter que les pouvoirs d'administration du père sont plus étendus que les pouvoirs du tuteur.

Nous venons de constater, en effet, que le père n'est soumis ni à la surveillance d'un subrogé tuteur, ni à la dépendance d'un conseil de famille.

Le mandat du père, sous ce rapport, présente beaucoup d'analogie avec le mandat du mari administrant les biens personnels de sa femme. Dans les deux cas, l'affection présumée du mandant pour le mandataire a paru au législateur une garantie suffisamment rassurante en ce qui concerne les actes d'administration.

De là il suit que le père, comme le mari, pourra faire seul certains actes, pour lesquels, au contraire, il faudrait au tuteur soit l'assistance du subrogé tuteur, soit l'autorisation ou l'avis du conseil de famille.

Le tuteur, par exemple, est tenu :

D'après l'article 451, de faire inventaire des biens du mineur, *en présence du subrogé tuteur;*

D'après l'article 452, de faire vendre, *en présence du subrogé tuteur*, aux enchères, etc., tous les meubles autres que ceux *que le conseil de famille* l'aurait autorisé à conserver en nature;

D'après l'article 455, de faire déterminer positivement *par le conseil de famille*, la somme à laquelle commencera pour lui l'obligation d'employer l'excédant des revenus sur la dépense (ajout. art. 456).

Eh bien! aucun de ces articles ne me paraît applicable au père administrateur légal.

433. — Je n'appliquerai pas l'article 451.

Le père sans doute doit faire inventaire des biens,

qui adviennent à ses enfants pendant le mariage (arg. des articles 1414, 1415, 1442); mais il n'est pas tenu de se faire nommer un contradicteur à lui-même.

En règle générale, le mandataire, chargé de représenter un intéressé dans une opération de ce genre, a qualité pour y procéder seul; et l'article 451 est, à cet égard, une exception.

434.—La disposition finale de ce même article (451) est bien plus exceptionnelle encore, lorsqu'elle déclare déchu de sa créance contre le mineur, le tuteur qui n'en aurait pas fait la déclaration dans l'inventaire.

Je ne crois donc pas non plus qu'on puisse l'appliquer au père administrateur légal (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 452; Demante, t. II, n° 137 *bis*, III).

435. — M. Aubry enseigne qu'à défaut d'inventaire, la consistance du mobilier pourra être établie par commune renommée (*Revue de droit français*, année 1844, p. 670).

On pourrait objecter, il est vrai, que cette preuve exceptionnelle ne doit aussi être admise que dans les cas spécialement prévus par la loi.

Mais, en présence du laconisme de notre article 389, il faut bien supposer que le législateur nous a autorisés à résoudre, par voie d'analogie, les nombreuses questions qu'il soulève.

Or, la preuve par commune renommée, est, en pareil cas, le plus souvent la seule preuve possible; et on ne comprendrait pas que la loi, qui l'admet dans les cas prévus par les articles 1415, 1504 et surtout 1442, ne l'eût pas admise également dans le nôtre.

436. — Je n'appliquerai pas l'article 452.

C'est le père lui-même qui est juge du point de savoir s'il convient de vendre ou de conserver les meubles de ses enfants. Il n'a point à consulter sur cette ques-

tion, un conseil de famille. L'article 453 règle l'hypothèse de la tutelle légale du père ou de la mère survivant; or, nous sommes sous le régime de l'administration légale. Le père, dans ce dernier cas, prend seul le parti qu'il croit le meilleur, sous sa responsabilité personnelle envers ses enfants (articles 450 et 1992; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 451).

437. — Si le père croit devoir vendre les meubles ou certains meubles de ses enfants, aucun texte ne me paraît l'obliger de recourir aux formes prescrites, en pareil cas, au tuteur (comp. art. 452; loi du 24 mars 1806; décret du 25 sept. 1813).

Est-ce parce que la vente des meubles corporels ou même incorporels, ne serait, en principe, considérée que comme un acte d'administration? Je ne voudrais pas admettre cette proposition avec une telle généralité (*voy.* notre *Traité de l'Absence,* n°s 112, 113).

Ce qui est vrai, dans notre espèce, c'est que la loi paraît s'en remettre à la sagesse et à l'affection du père, du soin de faire la vente, selon ce qu'il croira le mieux, et, par conséquent, d'éviter les frais de justice, s'il le croit utile pour ses enfants.

Notre savant collègue, M. Valette, croit voir dans cette solution particulière une *déviation* de la doctrine générale, sur laquelle nous avons fondé nous-même le pouvoir du père, en disant (*infra*, n° 444) qu'il n'est qu'un administrateur (*Explic. somm. du liv. I du Code Nap.*, p. 221, 222).

Mais l'aliénation des meubles est, dans certains cas, considérée par le législateur comme un acte d'administration; c'est ainsi que la femme séparée de biens a le pouvoir d'aliéner son mobilier sans autorisation (art. 1449); or, précisément, ce que nous croyons, c'est que le pouvoir du père présente, ainsi que nous venons de le dire, beaucoup d'analogie avec cette espèce de

pouvoir d'administration large qui autorise l'aliénation du mobilier (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 455; Massé et Vergé, t. I, p. 406).

438. — Je n'appliquerai pas non plus enfin les articles 455 et 456.

Ces articles, qui mettent, dans certains cas, de plein droit à la charge personnelle du tuteur, les intérêts des sommes appartenant au mineur, ces articles constituent une exception aux principes généraux du droit (comp. art. 1153 et 1154).

Le père donc ne devra les intérêts des sommes non employées, qu'autant qu'en fait, il serait jugé que le défaut d'emploi est, de sa part, une faute telle qu'elle doit engager sa responsabilité comme mandataire légal et le faire condamner à des dommages-intérêts (arg. de l'article 450).

Mais, d'un autre côté, il invoquerait en vain l'application de l'article 1996; car il est clair que cet article n'est pas applicable au mandataire, qui était chargé de faire fructifier les capitaux du mandant et qui a manqué à cette obligation.

439. — Quant aux baux des biens de l'enfant, il n'est pas douteux que le père, administrateur légal, ne pourra les faire que suivant les conditions déterminées par l'article 1718, qui, d'après ses termes mêmes aussi bien qu'en raison, est indistinctement applicable *aux baux des biens des mineurs*.

440. — 2° Les actes, qui sont absolument défendus au tuteur, sont aussi de même absolument défendus à l'administrateur légal.

Le père, par exemple, ne pourrait pas plus que le tuteur, acheter les biens de son enfant (art. 450, 3e alinéa) ni faire, en son nom, une donation ou un compromis, etc.

La raison, l'identité absolue de motifs exigent ici

cette assimilation, qui a été, suivant nous, dans la pensée du législateur.

441. — M. Aubry enseigne néanmoins que « le père administrateur pourra acheter les biens de son enfant, à la condition qu'il ne figurera pas dans le contrat comme représentant de ce dernier, au nom duquel stipulera un tuteur spécialement nommé à cet effet.... » (*Revue de droit français*, année 1844, p. 681; ajout. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 455.)

Je ne saurais me ranger à cet avis :

1° Aux termes de l'article 1596, les mandataires ne peuvent se rendre adjudicataires, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées, des biens qu'ils sont chargés de vendre;

Or, le père, administrateur légal, est, à ce titre, chargé de vendre, s'il y a lieu, les biens de son enfant;

Donc, il ne peut pas les acheter.

L'article 450, troisième alinéa, ne constitue donc pas une disposition exceptionnelle; il n'est que l'application d'une règle de droit commun, que l'article 1596 étend en effet à tous ceux qui sont chargés de vendre un bien pour autrui : tuteur, mandataire, administrateur ou officier public.

2° Cette règle est très-sage, très-nécessaire; il ne convient jamais de mettre ainsi le mandataire entre son intérêt personnel et son devoir; et ce motif existe dans toute sa force, à l'égard du père administrateur légal.

441 *bis*. — Aussi, trouvons-nous contestable la décision de la Cour de Bordeaux, qui a jugé que l'article 450, d'après lequel le tuteur ne peut accepter la cession d'aucun droit contre son pupille, ne doit pas être appliqué au père administrateur des biens de ses enfants. (3 janv. 1849, Carras-Billiat, Dev. 1852, II, 304.)

Ce que l'on peut dire pourtant, à l'appui des solutions, qui précèdent, c'est qu'il s'agit ici de prononcer une incapacité, et que les textes, à ce point de vue, doivent être interprétés d'une façon restrictive (arg. de l'article 1123.) Nous comprenons la force de cet argument, et qu'il ait, en effet, réussi; mais ces solutions sont-elles aussi conformes au véritable esprit de la loi qu'à ses textes? Il nous paraît permis d'en douter.

442. — Mais rien ne s'oppose à ce que le père, comme le tuteur, prenne à ferme le bien de son enfant; il suffira de faire nommer par un conseil de famille *un tuteur ad hoc* pour régler, dans l'intérêt de l'enfant, les conditions du bail passé à son père.

443. — Restent deux sortes d'actes :

3° Ceux à l'égard desquels l'autorisation du conseil de famille est tout à la fois nécessaire et suffisante pour le tuteur;

4° Ceux à l'égard desquels il lui faut, outre cette autorisation, l'homologation du tribunal de première instance, et même, dans certains cas (art. 467), d'autres conditions encore.

Les règles, qui concernent ces sortes d'actes, doivent-elles être observées par l'administrateur légal?

La doctrine des auteurs ne paraît pas, sur ce sujet, très-nette ni très-arrêtée.

444. — Il en est qui enseignent « que le droit, en vertu duquel le père administre les biens de son enfant et le représente dans tous les actes de la vie civile, n'est, en général, soumis à aucune restriction.... » et qui paraissent même mettre en doute si l'article 457, qui défend au tuteur d'aliéner ou d'hypothéquer les immeubles du mineur sans l'accomplissement de certaines conditions, est applicable à l'administrateur légal (Zachariæ, t. I, p. 202, texte et note 7).

Mais cette opinion me paraît inadmissible.

Car le père n'est, d'après le texte même, qu'un *administrateur* (art. 389); or, à ce titre, il n'a pas le pouvoir d'aliéner les immeubles (art. 1988.)

445. — D'autres enseignent que le père, administrateur légal, n'a jamais besoin d'obtenir l'autorisation d'un conseil de famille; mais ils le soumettent à l'obligation d'obtenir l'*homologation*, ou plutôt alors l'autorisation du tribunal, dans le cas où cette condition est imposée au tuteur.

D'où il suit :

1° Que le père, administrateur légal, pourrait faire seul et sans aucune condition, les actes pour lesquels le tuteur a seulement besoin de l'autorisation du conseil de famille : accepter, par exemple, ou répudier une succession échue au mineur (art. 461); introduire en justice une action relative à ses droits immobiliers, ou y acquiescer (art. 463); provoquer un partage (art. 465), etc.

2° Qu'il pourrait faire, avec la seule autorisation du tribunal, les actes que le tuteur ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation judiciaire : aliéner ou hypothéquer les immeubles (art. 457); transiger (art. 467), etc.

Le motif de cette différence, c'est, dit-on, qu'il n'y a pas de conseil de famille et qu'il ne doit pas y en avoir;

Or, s'il n'y en a pas, le père apparemment n'est pas tenu de le consulter! (Marcadé, t. II, art. 389, n° 1; Marchant, *Code de la Minorité*, liv. II, chap. I, sect. II, n° 5; de Freminville, *Traité de la Minorité*, t. I, liv. II, n° 13; *voy.* même aussi Delvincourt, t. I, p. 101, note 8, et Duranton, t. III, n° 416).

M. Bertin atteste aussi que la chambre du conseil du tribunal de la Seine a presque toujours autorisé

directement le père à passer les actes les plus importants, et notamment à consentir l'aliénation d'un immeuble, sans que le conseil de famille ait été appelé à donner son avis. (*Chambre du conseil*, etc., t. I, v° *Mineurs*, p. 483, 566 et 569).

446. — Pour ma part, je proposerais d'appliquer à l'administration légale les règles qui gouvernent, sous ce rapport, l'administration tutélaire :

1° L'opinion, qui n'exige pas l'autorisation du conseil de famille et qui exige l'autorisation du tribunal, cette opinion ne me paraît pas procéder logiquement; et je lui ferai un double reproche.

De deux choses l'une :

Ou les règles de l'administration tutélaire sont applicables à l'administration légale;

Ou elles ne lui sont pas applicables.

Dans le premier cas, l'administrateur légal a besoin de l'autorisation de la famille;

Dans le second cas, il n'a pas même besoin de l'autorisation du tribunal.

Car ce sont les mêmes règles, les mêmes articles, le même et unique mécanisme enfin qui exige tantôt l'une, tantôt l'autre autorisation, et quelquefois les deux en même temps (art. 450 et suiv.)

2° Est-ce que l'autorisation du conseil de famille n'est pas, pour ainsi dire, la condition préalable et nécessaire de l'autorisation du tribunal ?

Et lorsqu'on exige l'autorisation du tribunal, n'est-il pas logique dès lors d'exiger aussi l'autorisation de la famille? Quel est le but en effet de ces avis des parents ? C'est précisément d'éclairer la religion du tribunal, de lui faire connaître ce qu'il ignore et ce qu'il ne peut apprendre que par les proches : l'état des affaires et toutes les circonstances de la situation. C'est enfin de le prémunir contre les prétextes, les ruses et,

il faut bien dire le mot, contre les mensonges, par lesquels on cherche si souvent à obtenir ces sortes d'autorisations.

L'enfant par exemple a un immeuble; et le père aimerait bien mieux un capital, qui rapporterait plus d'intérêts, ou dont il veut faire pour lui tel ou tel emploi. Ne craignez-vous pas qu'il n'expose pas au tribunal toute la vérité, et que, dans le cas même où l'intérêt de l'enfant serait de garder cet immeuble, il ne cherche au contraire à le lui cacher, s'il n'y a pas là, je ne dis pas même un contradicteur (nous n'en pouvons pas avoir), mais du moins un avis désintéressé et impartial. Eh bien! la garantie, qui fait l'efficacité de l'intervention du tribunal, c'est l'avis de la famille.

Je trouve, dans Chabrol, un passage précieux sur ce point. L'article 7 du titre XIV de la coutume d'Auvergne portait que le juge pourra, *en connaissance de cause*, autoriser l'aliénation du bien dotal. Cet article n'exigeait donc pas textuellement un avis de parents; mais le célèbre commentateur explique ainsi ces mots : *en connaissance de cause* :

« .... Le juge ordonne qu'il sera procédé à une assemblée de parents, et, à leur défaut, de voisins; les parents ou voisins donnent leur avis en présence du juge, et s'ils sont d'avis que l'aliénation est indispensable, le juge la permet.... » (Chabrol, sur l'article 7, tit. XIV, de la Coutume d'Auvergne.)

Je sais bien que notre Code n'exige pas aujourd'hui que la permission de justice, pour l'aliénation du bien dotal, soit précédée d'un avis de parents; mais remarquez que le Code n'exige même aucune espèce d'autorisation, lorsque les époux ne sont pas mariés sous le régime dotal. C'est que la femme elle-même, après tout, est là qui surveille et qui consent; or, cette surveillance

et ce consentement sont impossibles de la part de l'enfant mineur; donc, en ce point, nous ne pouvons pas admettre l'assimilation, que nous avons nous-même acceptée sous quelques rapports, entre le père administrateur légal des biens de ses enfants, et le mari administrateur des biens de sa femme.

Il me paraît donc très-logique et très-sage d'appliquer ici les règles qui gouvernent l'administration du tuteur, de les appliquer soit quant aux conditions d'autorisation du conseil de famille et d'homologation judiciaire, soit quant aux autres formalités imposées au tuteur.

Aussi les différents articles, qui déterminent les conditions et les formalités sous lesquelles les actes d'aliénation et de disposition concernant les biens des mineurs, pourront être passés, sont-ils conçus dans des termes généraux, dont l'intention non équivoque est de comprendre tous les mineurs sans distinction (comp. art. 457 C. Nap., et 953 et 954 procéd.; art. 459 C. Nap., et 962 procéd.; art. 457 et 2126 C. Nap.; art. 461 et 776 C. Nap.; art. 468 et 838 C. Nap.; art. 467 et 2045 C. Nap.; art. 464, 465, 817 C. Nap.).

3° Ce qui résulte des travaux préparatoires, c'est que le père administrateur n'est pas, comme un simple tuteur, sous la surveillance habituelle ni *sous la dépendance* d'un conseil de famille permanent (art. 454). Mais il n'en faut pas conclure qu'il n'y ait jamais lieu de recourir à l'avis de la famille pendant l'administration légale.

La rédaction primitive de l'article 389 atteste, de la part des auteurs du Code Napoléon, une intention toute contraire. Cet article se terminait d'abord par un paragraphe ainsi conçu :

« Tout ce qui intéresse la propriété des biens sera

réglé par la disposition de la section VIII. » (Locré, *Législ. civ.*, t. VII, p. 216.)

C'est-à-dire précisément par la section qui soumet, suivant les cas, les actes du tuteur à l'autorisation du conseil de famille et à l'homologation du tribunal.

Je sais qu'on peut objecter que ce troisième alinéa de l'article 389 n'a pas été conservé dans la rédaction définitive.

Mais le seul motif en est sans doute qu'on a craint que cette rédaction n'établît une assimilation trop absolue entre la tutelle et l'administration légale (Merlin, *Quest. de droit*, t. VI, v° *Usufruit paternel*, § 1er, p. 612; Valette sur Proudhon, t. II, p. 283, note *a*, 111; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 220-222; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. Ier, art. 389, n° 589; Aubry, *loc. cit.*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 449 et 453; Massé et Vergé, t. I, p. 406).

447. — L'administration légale est une conséquence de la puissance paternelle; elle finit donc toujours avec elle : par la majorité de l'enfant, par son émancipation, etc. (*supra*, n° 358).

448. — Mais, d'un autre côté, l'administration légale ne dure pas toujours autant que la puissance paternelle.

Elle n'existe en effet que *durant le mariage* (art. 389); et, après la dissolution du mariage, le père ou la mère survivant, bien qu'il ait encore la puissance paternelle, n'est plus administrateur légal des biens de l'enfant.

Ce n'est qu'en qualité d'usufruitier légal ou de tuteur qu'il peut alors les posséder ou les administrer.

Mais le Code Napoléon, en conférant de plein droit au survivant des père et mère la tutelle de ses enfants, a toujours pu supposer que le survivant continuerait ainsi d'administrer les biens.

448 *bis.* — Que décider, si le survivant n'est ni usufruitier légal ni tuteur?

Il me paraît certain que le survivant ne peut point alors avoir l'administration de la fortune de l'enfant, et que cette administration appartient au tuteur (article 450).

L'article 389 n'accorde l'administration légale au père que *durant le mariage;*

Or, le mariage est dissous;

Donc, le père ou le survivant, quel qu'il soit, n'a désormais d'autre titre à l'administration des biens de l'enfant, que la tutelle; car s'il n'est pas tuteur, aucun texte ne la lui confère.

449. — Il suit de là que la mère n'est qu'assez rarement appelée à cette administration.

Car pendant le mariage, c'est le père qui en est chargé (art. 373, 389); et, après la dissolution du mariage, cette administration n'existe plus.

Il peut arriver toutefois que la mère elle-même soit appelée à l'administration légale durant le mariage : comme si le père a disparu sans donner de ses nouvelles (*voy.* notre t. II, n° 317), s'il est interdit, etc.

450. — En cas d'interdiction du mari, pas de difficulté, si c'est la femme qui a été nommée tutrice (art. 507).

Mais dans le cas où c'est un autre qu'elle qui est le tuteur du mari, on pourrait se demander si ce n'est pas ce tuteur qui conservera l'administration des biens de l'enfant.

L'affirmative me paraît exacte en effet, lorsque le père interdit à l'usufruit légal des biens.

Mais dans le cas contraire, je n'aperçois pas pourquoi, en principe, on refuserait à la mère l'administration légale, puisque c'est elle qui exerce alors, à défaut du père, la puissance paternelle.

Ce qu'on peut dire, c'est qu'il appartiendra aux tribunaux d'user, à cet égard, de leur pouvoir discrétionnaire pour le plus grand intérêt de l'enfant.

451. — C'est aussi, selon moi, à ce pouvoir discrétionnaire des magistrats qu'il faudrait recourir, dans l'hypothèse, assez rare, Dieu merci! mais pourtant très-possible, où le père et la mère seraient tous les deux dans l'impossibilité d'administrer les biens de l'enfant.

On devrait alors charger une tierce personne, un gérant judiciaire, de cette administration.

De la même manière qu'il faudrait aussi confier aux soins et à la garde d'un tiers la personne même de l'enfant.

Mais cette administration ne serait pas une tutelle, ni ce tiers un tuteur.

Nous verrons, en effet, qu'aux termes des articles 389 et 390, la tutelle ne commence qu'après la dissolution du mariage arrivée par la mort naturelle ou civile de l'un des époux; or les deux époux existent.

Il est vrai qu'ils se trouvent tous les deux empêchés.

Mais le législateur n'a pas cru que cet empêchement, plus ou moins accidentel, et qui est d'ailleurs une exception, dût équivaloir au décès. La preuve en est que si l'un d'eux seulement, si le père, par exemple, se trouvait incapable d'exercer la puissance paternelle, la mère l'exercerait au même titre que lui; la tutelle ne serait pas ouverte.

Dès lors, il doit en être logiquement ainsi, lorsque les père et mère se trouvent en même temps incapables d'exercer la puissance paternelle. Dès que la mère, qui supplée le père incapable, n'est pas tutrice, le tiers qui supplée les père et mère incapables, ne doit pas être tuteur.

C'est d'après ces principes que nous avons pensé que lorsque le père et la mère sont, non pas incapables, mais suspects et indignes, et lorsque les magistrats croient nécessaire de confier les enfants à un tiers, ce tiers n'est pas un tuteur (*voy.* notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 512; ajout. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. I, p. 328).

Nous avons vu aussi la loi elle-même en faire l'application au titre *des Absents* (*voy.* notre *Traité de l'Absence*, n° 329).

452. — L'administrateur légal doit, bien entendu, comme tout mandataire ou administrateur, rendre compte de sa gestion (art. 389, 469, 1993).

453. — Il est, à cet égard, soumis aux règles du droit commun; et il n'y a aucune difficulté à lui appliquer les articles 471 et 473, au titre *de la Tutelle*, section IX, intitulée : *des Comptes de tutelle;* car ces articles n'ont rien d'exceptionnel.

454. — Mais il n'en est pas ainsi des articles 472, 474 et 475; et c'est au contraire une question assez délicate que celle de savoir si ces articles doivent être appliqués au père administrateur légal.

La négative me paraît toutefois préférable.

455. — D'abord, je n'applique pas au père administrateur l'article 472.

Les termes mêmes de cet article ne concernent en effet que le tuteur, que le compte de tutelle.

« Tout traité, qui pourra intervenir entre le *tuteur* « et le mineur, devenu majeur, sera nul, s'il n'a « été précédé de la reddition d'un compte détaillé et « de la remise des pièces justificatives, le tout con- « staté par un récépissé de l'oyant compte, dix jours « au moins avant le traité. » (Ajoutez les articles 907 et 2045.)

Il est vrai que nous avons appliqué au père admi-

nistrateur légal d'autres articles, dont les termes ne désignaient que le tuteur. Mais c'étaient des articles qui organisaient directement l'administration elle-même des biens, qui réglaient ses pouvoirs et ses conditions d'exercice; or, le père étant aussi chargé d'une administration toute pareille, en tant qu'administrateur, nous avons dit qu'il était logique et même nécessaire de lui appliquer, sous ce rapport, les mêmes règles.

Bien différent est l'article 472!

Il ne règle en aucune manière l'administration des biens de l'enfant; cette administration, elle est alors finie, puisqu'il s'agit précisément d'en rendre compte.

Et cet article établit, en ce qui concerne le tuteur, une disposition très-sage assurément, mais qui n'en est pas moins exorbitante, puisqu'elle prononce la nullité d'un contrat qui serait valable, entre tous autres, d'après le droit commun.

Or, les dispositions de ce genre ne sauraient être étendues à d'autres hypothèses que celles que le législateur a comprises dans son texte, lors même qu'il y aurait analogie de motifs.

Ajoutons que cette analogie, qui peut bien exister à certains égards, ne serait pas d'ailleurs toujours complète ni absolue. Les comptes de tutelle sont souvent difficiles et compliqués; ils comprennent beaucoup de chapitres, etc., et l'utilité de la disposition de l'article 472 se fait alors plus généralement sentir. Au contraire, l'enfant, pendant le mariage, n'a pas ordinairement de biens considérables; l'administration paternelle ne comprend pas, en général, des *universalités*, mais plutôt certains biens déterminés qui ont été l'objet d'un legs fait à l'enfant; et les précautions exigées par l'article 472 ont pu paraître alors peut-être

moins nécessaires (comp. Agen, 17 mars 1854, Dugoult d'Albret, Dev., 1854, II, 247; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 456; Demante, t. II, n° 137 *bis*, III).

456. — Je n'applique pas non plus à l'administration légale l'article 474 :

« La somme à laquelle s'élèvera le reliquat dû par le « tuteur, portera intérêt sans demande, à compter de « la clôture du compte.

« Les intérêts de ce qui sera dû au tuteur par le mi- « neur, ne courront que du jour de la sommation de « payer, qui aura suivi la clôture du compte. »

Cette disposition, dont la première partie fait courir de plein droit les intérêts d'un capital, et dont la seconde les fait courir en vertu d'une simple sommation, cette disposition, dis-je, constitue, sous ce double rapport, une exception aux principes généraux du droit commun (comp. art. 1153 et 1996).

Or, d'une part, elle ne s'applique qu'au tuteur, et le père n'est qu'administrateur légal.

D'autre part, il n'y a aucune nécessité d'étendre cet article à l'administration légale.

Donc, nous devons, dans le silence de la loi, en ce qui concerne le père administrateur, sur cette question, demeurer dans le droit commun (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra cit.;* Demante, *loc. supra cit.*).

457. — Je n'applique pas enfin à l'administrateur légal l'article 475 :

« Toute action du mineur contre son tuteur, relati- « vement aux faits de la tutelle, se prescrit par dix ans, « à compter de la majorité. »

La règle générale est que toutes les actions durent trente ans (art. 2262), et l'article 475 apporte à cette règle une exception toute spéciale;

Or, les termes de cet article ne s'appliquent qu'au *tuteur*, qu'à la *tutelle;*

Donc, l'action de l'enfant contre son père, *administrateur légal* en reddition du compte de *l'administration,* doit durer trente ans.

Ajoutons qu'il est toujours très-difficile pour un enfant, et quelquefois même presque impossible, de demander des comptes à son père, et qu'il y aurait quelque chose de très-dur dans une disposition qui mettrait l'enfant dans cette alternative, ou d'offenser son père, de s'attirer son ressentiment, ou de se voir déchu de ses droits. Je sais que l'article 475 est général, et qu'il s'applique à tous les tuteurs, au père donc et à la mère, comme aux tuteurs étrangers; c'est bien assez! mais lors que le texte ne nous y force pas, lorsque le père n'est pas tuteur, je crois que nous ne devons pas étendre une telle disposition. Nous le devons d'autant moins que pendant le mariage l'enfant serait exposé à blesser, à irriter tout à la fois son père et sa mère, s'ils lui refusaient tous les deux la reddition de compte qu'il demande.

Enfin, puisque le père administrateur n'est pas grevé de l'hypothèque légale, et qu'il n'a pas ainsi les charges spéciales de la tutelle, il est assez juste qu'il n'en ait pas non plus les avantages spéciaux, et que n'étant qu'un administrateur, il soit traité, sous ce rapport, comme le sont les autres administrateurs et les mandataires en général (comp. Valette sur Proudhon, t. II, p. 282, note *a*, II ; Aubry, *loc. cit.*, p. 688; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 457; Demante, t. II, n° 137 *bis*, III).

458. — C'est une question grave et très-controversée que celle de savoir si des biens peuvent être donnés ou légués à un enfant, sous la condition que le père n'en aura pas, je ne dis pas la jouissance (cela est très-permis, art. 387), mais même l'administration.

Une première opinion enseigne que cette condition est, dans tous les cas, essentiellement contraire à l'ordre public; qu'elle blesse les droits de la puissance paternelle, telle que le législateur l'a instituée; que ces droits, que ces attributs ne peuvent être l'objet d'aucune renonciation, d'aucune convention, et que cette clause doit être par conséquent toujours considérée comme non écrite (art. 900; Besançon, 15 novembre 1807, Magnoncourt, Sirey, 1807, II, 97; Rouen, 29 mai 1846, Broquet, Dev., 1846, II, 379; Marcadé, t. II, art. 389, n° 6; Taulier, t. I, p. 499; Coulon, *Questions de droit*, t. II, p. 181; Demante, t. II, n° 133 *bis*, III.)

Cette doctrine me paraît trop absolue; et je crois, en ce qui me concerne, qu'une telle condition n'est pas en soi, et par son seul caractère, nécessairement contraire à l'ordre public; qu'il se peut, à la vérité, qu'elle doive être, dans certains cas, déclarée nulle, mais qu'elle pourrait aussi, dans d'autres cas, être valable. J'en ferai donc une question de fait, et je vais dire mes motifs.

La loi a organisé la famille; elle y a institué ou plutôt reconnu des pouvoirs domestiques :

Pouvoir du mari sur la femme;

Pouvoir des père et mère sur les enfants.

Mais parmi les attributions qu'elle leur a confiées, une distinction doit être faite, pareille à celle qui se rencontre souvent ailleurs dans le droit;

C'est-à-dire que les unes sont *essentielles*, les autres seulement *naturelles* ou *accidentelles*.

Nulle stipulation ne pourrait affranchir la femme de l'obligation de suivre son mari partout où il juge à propos de résider (art. 214), ou de demander son autorisation dans les actes importants de la vie civile, pour lesquels la loi l'a exigée; ce sont là des attributs

essentiels et inaltérables de la puissance maritale; elle serait anéantie, elle serait destituée par toute clause contraire.

Mais rien ne s'oppose à ce que la femme mariée administre elle-même ses biens. L'administration de la fortune de la femme par le mari est, il est vrai, une conséquence *naturelle* du mariage; le régime général de la communauté en confère au mari l'administration et la jouissance (art. 1428); mais ce n'est point là un de ses attributs *essentiels;* il peut en être privé sans que la puissance maritale en reçoive aucune atteinte, aucune altération (art. 223, 1401, 1538, etc.; Paris, 27 janvier 1835, Brochant, et 27 août 1835, Guérin, Dev., 1835, II, 65 et 518; *voy.* aussi notre t. IV, n°s 171, 172).

Pareillement, le droit d'accorder ou de refuser leur consentement au mariage de l'enfant (art. 148), le droit de lui infliger une détention correctionnelle (art. 375) ou de l'émanciper (art. 477), sont des attributs essentiels de la puissance des père et mère; ils ne pourraient, par aucun acte, les résigner, les abdiquer.

Mais supposez que la mère, à qui l'administration des biens de l'enfant serait échue, se trouve incapable de les gérer; la loi lui permet de refuser cette administration (art. 394); le père lui-même, par plus d'un motif, pourrait en être dispensé ou déchargé, sans qu'on fût autorisé à dire, dans aucun cas, ni de la mère ni du père, qu'ils ont renoncé à la puissance paternelle, à ses devoirs absolus, à ses fonctions essentielles.

Telle n'est pas, en effet, l'administration des biens qui appartiennent à l'enfant.

Il est ordinaire sans doute, il est raisonnable que le père, plutôt qu'un autre, en soit chargé; aussi la loi en fait-elle une conséquence naturelle, mais

non pas essentielle et inséparable de la puissance paternelle.

Il peut donc arriver que le père ou la mère n'administrent pas les biens de leur enfant; que ses biens soient administrés par un autre, sans que la loi voie dans cette circonstance, un échec à la puissance paternelle et une atteinte à l'ordre public.

En un mot, l'administration des biens de l'enfant peut être séparée de la puissance paternelle, sans l'altérer, sans la compromettre.

Cela posé, pourquoi un testateur ne pourrait-il pas, en léguant des biens à un enfant, en confier l'administration à un autre qu'au père?

Le fait, en soi, est possible; le fait que le bien de l'enfant sera administré par un autre que par son père, est admis par la loi elle-même; il se réalise souvent dans le monde, sans blesser, en aucune façon, les bonnes mœurs ni l'ordre public.

Pourquoi donc, encore une fois, le testateur ne pourrait-il pas déclarer que le bien, qu'il lègue à l'enfant, sera administré par un autre que par le père?

Nous n'en verrions pas le motif, à moins que cette condition du testament ne fût portée contre le père lui-même plutôt qu'en faveur de l'enfant, et ne dût être, par cette raison, réputée non écrite.

Je comprends bien, en effet, qu'on ne valide point les clauses qui auraient pour but et pour résultat d'humilier la puissance paternelle, de soumettre le père lui-même à une sorte d'incapacité et de tutelle.

Un testateur avait dit autrefois que le père de l'enfant légataire ne pourrait gérer les biens qu'avec l'assistance de deux conseils désignés par le testament. Par arrêt du 9 février 1764, cette condition fut déclarée nulle (Merlin, *Rép*, v° *Puissance paternelle*, p. 400 et suiv.).

Moins anciennement, un testateur déclara qu'il ne voulait pas que le père du légataire mineur eût l'administration des biens légués, mais qu'il entendait qu'il fût nommé pour cette administration un curateur spécial. La Cour de Caen annula cette condition par arrêt du 11 août 1825 (de Manchon, D., 1826, II, 159; *voy.* pourtant, en sens contraire, même dans cette dernière hypothèse, Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 247).

Je comprends ces décisions; le testateur, dans ces deux cas, *non fecit quod potuit; fecit quod non potuit.* Il pouvait confier l'administration des biens légués à un autre qu'au père; mais il ne pouvait pas, s'il la laissait au père, le mettre lui-même en tutelle! il ne pouvait pas davantage ordonner vaguement que le père n'aurait pas l'administration et qu'on nommerait un curateur spécial. C'était s'attaquer directement et ouvertement à la personne du père lui-même; ce n'était point une nomination, un choix, c'était uniquement l'exclusion, la destitution du père!

Mais si, au contraire, la disposition du testament n'a pas ainsi pour objet de frapper le père d'incapacité; si le testateur, en confiant l'administration à un autre, a été déterminé par des motifs sérieux, raisonnables, légitimes, et par l'intérêt de l'enfant légataire, oh! alors, il me semble que la condition doit être maintenue.

Car d'une part, le fait, en soi, que le bien sera administré par un autre que par le père, n'a rien de blessant pour l'ordre public;

Et d'autre part, dans la manière dont cette administration a été confiée à un autre, il n'y a rien, non plus, dont la puissance paternelle puisse s'offenser.

Quelques-uns ont dit que l'article 387, en permettant seulement de priver les père et mère de l'*usufruit*,

défendait, par cela même, de leur enlever l'*administration ;*

D'autres, au contraire, ont répondu que la faculté d'enlever l'usufruit emportait avec elle la faculté d'enlever l'administration.

Cette dernière déduction nous paraîtrait plus vraisemblable. Du moins faut-il reconnaître que l'article 387 soulève la question plutôt qu'il ne la décide, et que cette question doit être résolue, ainsi que j'essaye de le faire, par la combinaison des différents articles du Code et par les principes généraux.

J'ajoute enfin que cette solution est éminemment sage, prévoyante et utile.

Le père le plus dévoué peut n'être pas bon administrateur, et la mère surtout, malgré toute sa tendresse[1]. Or, remarquez que la solution doit être la même pour l'un comme pour l'autre, et que s'il n'est pas possible de confier l'administration à un autre qu'au père, il ne sera pas possible de la confier à un autre qu'à la mère.

Qui n'aperçoit tous les inconvénients d'une théorie aussi absolue ?

Un homme va léguer à un mineur un grand établissement industriel, à la tête duquel le légataire se placera un jour ; mais en attendant il faut que cet établissement soit dirigé par un homme habile et spécial. Le testateur charge donc un tiers de cette administration, à laquelle le père ne pourrait pas présider. Et la loi défendrait une telle clause, si sensée, si conforme aux intérêts du mineur !

On pourrait citer une foule d'autres exemples, dans

1. Est-ce que par exemple l'enfant majeur manquerait de respect et de déférence envers son père, s'il donnait, en cas d'absence, sa procuration à un autre ! Ajoutez même ici que cette nomination d'un tiers n'est pas, après tout, le fait personnel de l'enfant.

lesquels l'exercice de cette faculté serait très-judicieux et très-raisonnable.

Mais ce n'est pas tout.

Et si le père est insolvable! si c'est un prodigue, un dissipateur! si enfin les biens légués, les valeurs mobilières surtout, ne peuvent entrer dans ses mains, sans être compromises et perdues!

Oh! sans doute, on pourrait appliquer l'article 444 et destituer le père pour *inconduite notoire, pour infidélité ou incapacité* (*supra*, n° 424).

Mais n'est-ce point là une extrémité déplorable, bien plus funeste à la puissance paternelle, que le moyen préventif et modéré, que je demande dans l'intérêt de tous.

Et puis, le remède n'arriverait-il pas souvent trop tard? Combien d'hommes, à qui on ne pourrait pas confier des valeurs mobilières, des capitaux, sans la plus haute imprudence, et auxquels pourtant il n'y a encore à reprocher aucun fait précis et caractérisé!

Et puis enfin, celui qui a des intentions libérales envers l'enfant, ignore, lui! si vous prendrez, plus tard, ces précautions; et en ne lui permettant pas de les prendre lui-même lorsqu'il veut faire sa libéralité, vous vous exposez à ce qu'il ne la fasse pas du tout!

N'oublions pas que le père *administrateur* n'est pas soumis à l'hypothèque légale, qui ne grève que les immeubles du tuteur. C'est là un point de doctrine et de jurisprudence aujourd'hui arrêté (*supra*, n° 420).

Eh bien! je le crois fermement, le jour où l'on a reconnu que la loi n'a point frappé d'hypothèque les immeubles du père administrateur de la fortune de ses enfants, ce jour-là, notre question a fait un grand pas; disons mieux, elle a été résolue!

Car enfin, il faut bien qu'on puisse faire une libéralité à un enfant sans que le père la dissipe; or, si

le père inspire, à cet égard, des craintes légitimes, voulez-vous donc que le bien, que le disposant avait l'intention de donner à l'enfant, il le donne ainsi, de fait, au père lui-même pour qu'il le perde!

Sait-on alors ce qui arrivera ?

C'est que la libéralité ne sera pas faite du tout ; c'est que l'enfant n'aura rien et que le père lui-même sera privé peut-être d'une ressource alimentaire !

La Cour de Cassation a jugé le 11 novembre 1828, que la condition, qui enlève au père l'administration du bien légué, n'est pas contraire à l'ordre public (Legay, D., 1829, I, 6). Dans l'espèce, le père était veuf, et la Cour suprême déclara, dans son arrêt, que la Cour royale « n'avait point violé l'article 389, qui, en con« stituant le père administrateur des biens personnels « de ses enfants mineurs, ne statue ainsi que pour « la durée du mariage. »

C'en était assez, dans la cause, pour motiver le rejet du pourvoi fondé sur la violation de l'article 389. Mais je ne puis pas croire que la doctrine de la Cour de Cassation aurait été différente, si le père n'avait pas été veuf. Les principes, en effet, sont tout à fait les mêmes dans les deux cas ; et je ne comprendrais pas que la condition, qui enlève au père veuf l'administration, fût valable, tandis que celle qui l'enlève au père pendant le mariage, serait nulle.

On objecte que « l'administration paternelle ne doit, ne *peut* appartenir qu'aux père et mère, et que l'administration tutélaire peut appartenir à tout le monde. » (Marcadé, t. II, art. 389, n° 6.)

Mais au contraire nous avons reconnu que l'administration paternelle peut, tout aussi bien que la tutelle, être confiée à d'autres qu'au père ou à la mère (*supra*, n° 451).

On insiste enfin en disant que lorsqu'il arrive que

l'administration légale est confiée à un autre qu'au père ou à la mère, c'est en vertu d'une décision de l'autorité judiciaire et non pas en vertu d'une volonté privée.

Mais le père, après la dissolution du mariage, ne pourrait pas non plus être révoqué, par une volonté privée, de l'administration des biens déjà acquis à l'enfant, s'il ne se trouvait pas dans un des cas d'exclusion ou de destitution.

Or, vous reconnaissez néanmoins que le disposant a le droit, lorsqu'il s'agit de biens, qui n'appartiennent pas encore au mineur, de biens, qu'il va lui léguer, que le disposant, dis-je, a le droit de ne les léguer que sous la condition qu'ils n'entreront pas dans l'administration du tuteur, fût-ce le père ou la mère;

Donc, ce principe, qu'une volonté privée ne peut pas enlever au père l'administration légale des biens acquis à l'enfant sans aucune condition, ce principe, dis-je, n'empêche pas qu'on lègue à l'enfant des biens nouveaux sous la condition que le père ne les administrera pas. Car ce principe, je le répète, est le même absolument pour le tuteur; et vous admettez néanmoins qu'on peut léguer des biens nouveaux à un mineur sous la condition concomitante et contemporaine de l'acquisition, que le père tuteur ne les administrera pas (art. 1055).

La règle générale, en effet, est que chacun peut apposer à sa libéralité les conditions que bon lui semble, excepté celles qui seraient contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

C'est donc finalement dans l'appréciation de la clause, sous ce rapport, que réside toute notre question.

Or, il ne m'est pas possible de considérer toujours

et absolument comme contraire à l'ordre public une condition, qui peut être très-sage, très-sensée, très-utile, une condition telle que la législation qui la défendrait, devrait, selon moi, être considérée comme imprévoyante et défectueuse. Aussi le droit romain l'avait-il même expressément autorisée (Novelle 117, chap. I; comp. Cass., 30 avril 1833, Bonnel, D., 1833, I, 221; Nîmes, 20 décembre 1837, Bonnefoi, Dev., 1838, II, 270; Caen, 20 novembre 1840, Salomon, Dev., 1841, II, 78; Orléans, 31 janvier 1854, Babeuille, Dev., 1854, II, 447; Paris, 5 déc. 1854, Rolin, Dev., 1854, II, 714; Merlin, *Rép.*, t. X, v° *Puissance paternelle*, sect. v; Proudhon, de l'*Usufruit*, t. I, n° 240; Duranton, t. III, n° 375, note 2; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 1068, note *a*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 450; Massé et Vergé, t. I, p. 408; Chardon, *Puissance paternelle*, n° 135).

458 *bis.* — Mais supposons que le père, auquel le disposant a enlevé l'administration des biens qu'il laissait à l'enfant, émancipe son enfant.

Le tiers, qui a été chargé de cette administration, devra-t-il la remettre à l'enfant lui-même, qui administrera désormais ces biens-là comme ses autres biens, avec l'assistance de son curateur, dans les cas où elle est requise?

Ou, au contraire, le tiers désigné par le disposant, doit-il continuer son administration jusqu'à la majorité de l'enfant?

La Cour de Caen a jugé que l'émancipation de l'enfant devait faire cesser l'administration du tiers désigné par le disposant:

« .... Considérant que la femme Caron (la testatrice) ne s'est pas occupée, dans son testament, de ce qui arriverait dans le cas où la mineure Delamarre serait émancipée, en sorte que les règles tracées par le Code

Napoléon doivent recevoir leur application sans restriction ; — Considérant qu'il en résulte que l'administration de la veuve Baussard (l'exécuteur testamentaire) a cessé par l'émancipation ; que la mineure, à laquelle on a nommé un curateur, doit avoir l'administration de tous ses biens pour en jouir et disposer avec l'assistance de son curateur, dans les cas où son concours est exigé, etc. » (5 avril 1843, Baussard, Dev., 1855, II, 675, à la note 2).

Mais, au contraire, la Cour de Dijon a décidé que, en un tel cas, l'administration du tiers doit continuer jusqu'à la majorité du légataire, malgré l'émancipation conférée par le père à son enfant :

« ..... Considérant que l'émancipation d'Étienne Geoffroy ne peut avoir pour effet d'anéantir la condition attachée au legs qu'il a reçu ; — Que les précautions prises par le testateur pour assurer intacts au mineur les objets de sa libéralité, auraient pu être légalement stipulées aussi bien après qu'avant l'émancipation; — Que Lambert (le testateur), prévoyant les dangers de la minorité de ses légataires, n'avait pas à prévoir les dangers d'une émancipation prématurée; — Qu'il n'avait pas non plus à prévoir les dangers du mariage possible du mineur; car, le cas échéant, l'administration de ses biens était garantie par son nouvel état, et ne pouvait plus tomber entre les mains de son père, ce que, avant tout, le testateur voulait éviter.... » (23 août 1855, Geoffroy, Dev., 1855, II, 675).

Ces deux décisions ne sont peut-être pas, au fond, aussi contraires qu'elles pourraient, à première vue, paraître.

Ce que décide en effet la Cour de Caen, c'est que, dans l'espèce qui lui était soumise, la testatrice ne s'était pas occupée du cas où l'enfant légataire serait

émancipé; et rien n'annonce que, en fait, l'émancipation conférée à l'enfant fût alors un moyen indirect et frauduleux employé par le père afin de se saisir lui-même de l'administration des biens légués, et de déjouer ainsi la prévoyante sollicitude du testateur.

Telle paraît bien avoir été, au contraire, l'espèce sur laquelle la Cour de Dijon a eu à statuer; on voit qu'il s'agissait d'une émancipation prématurée, par laquelle le père avait entrepris d'arriver à ce que le testateur voulait, avant tout, empêcher, c'est-à-dire à se rendre maître de l'administration des objets légués.

Nous croyons que, eu égard aux circonstances différentes dans lesquelles ils ont été rendus, les deux arrêts précités pourraient être également justifiés.

Prétendre que l'émancipation de l'enfant ne devrait jamais, en aucun cas, faire cesser l'administration du tiers désigné par le disposant, c'est ce que, pour notre part, nous ne voudrions pas faire; et, par exemple, l'arrêt de la Cour de Dijon constate lui-même qu'il serait bien difficile de le soutenir, en effet, dans le cas où l'émancipation résulterait du mariage du mineur.

Mais, d'un autre côté, nous ne croyons pas non plus que l'on puisse admettre que l'émancipation de l'enfant devra toujours, et quand même, faire cesser l'administration du tiers désigné par le disposant; quand même, disons-nous, il serait constaté que cette émancipation prématurée n'aurait eu pour but évident que de faire fraude à la condition imposée à la disposition.

Ce serait donc là une question à décider d'après l'interprétation de la volonté probable du disposant et eu égard aux autres circonstances du fait. Et après tout, en effet, il ne s'agit que d'interpréter la volonté du disposant et d'en assurer efficacement l'ac-

complissement sérieux, dès qu'une fois elle est reconnue légitime!

SECTION II.

DE L'USUFRUIT LÉGAL OU PATERNEL. — EXPOSITION HISTORIQUE.

SOMMAIRE.

459. — Origine de l'usufruit paternel.
460. — De la législation des pays de droit écrit sur ce sujet.
461. — De la législation des pays coutumiers.
462. — Du droit de bail et de garde.
463. — Que signifient ces mots: *bail* et *garde?* — De la garde noble et de la garde bourgeoise.
464. — Origine de la garde noble.
465. — Suite.
466. — Pourquoi la garde n'était déférée qu'aux nobles.
467. — Suite.
468. — Quels biens étaient compris dans la garde?
469. — Quel était le caractère du droit de garde? — En quoi consistaient les droits des gardiens sur les immeubles et sur les meubles du mineur?
470. — Quelles étaient les obligations et les charges du gardien? — Devait-il faire inventaire et fournir caution?
471. — Suite. Le gardien devait payer les dettes mobilières et arrérages de rentes; entretenir et élever le mineur; réparer et entretenir les biens.
472. — Quelles dettes mobilières étaient à la charge du gardien?
473. — Le gardien était-il tenu d'acquitter les frais funéraires du prédécédé et les legs faits par lui?
474. — Des frais funéraires.
475. — Des legs.
476. — A quelle époque et par quels événements la garde prenait-elle fin?
477. — Suite.
478. — De l'usufruit paternel sous l'empire du Code Napoléon.
479. — Suite. — L'usufruit légal est un attribut de la puissance paternelle. — Sur quels motifs repose-t-il?
480. — Division.

459. — L'origine, et, si l'on peut s'exprimer ainsi, la première idée de l'usufruit paternel remonte au droit écrit et au droit coutumier.

C'est à cette double source que les rédacteurs du Code Napoléon l'ont puisée; mais quoiqu'ils aient fait en cette matière, comme dans la plupart des autres, beaucoup plus d'emprunts au droit coutumier qu'au droit écrit, leurs dispositions pourtant ne reproduisent complétement ni l'une ni l'autre législation, et forment, à beaucoup d'égards, un droit nouveau.

460. — Les pays de droit écrit, et même aussi quelques pays coutumiers, en petit nombre, observaient la distinction des diverses espèces de pécules telle qu'elle existait dans le dernier état du droit romain (*supra*, n° 256).

L'ascendant mâle paternel avait donc, pendant sa vie, l'usufruit du pécule *adventice*, c'est-à-dire des biens que son enfant ou descendant acquérait par succession, donation ou testament, et généralement de toute autre manière que par l'administration des biens paternels : *non ex ejus substantia, cujus potestate est....* (Cod., *de Bonis quæ liberis*).

Il fallait toutefois excepter :

1° Les biens que l'enfant acquérait dans l'exercice de la profession des armes, et qui formaient le pécule *castrans* (ff. tot. tit. *de Castrensi peculio*);

2° Les biens qu'il acquérait dans l'exercice de certaines professions libérales, ou dans d'autres circonstances encore qui n'étaient pas très-définies; c'était le pécule *quasi castrans* (comp. L, 37, Cod. *de Inoffic. testam.*; L. 1, ff. *de Extraord. cognit.*; L. 7, Cod. *de Liberis*, etc., etc.).

On sait que le fils de famille était le maître absolu de ces deux dernières espèces de pécules, et que le père n'y avait aucun droit, ni de propriété, ni d'usufruit (L. 4, § 1, ff. *de Castrensi peculio*).

Quant au pécule *profectice*, le père de famille en

était au contraire le plein et entier propriétaire. Ce pécule se composait de ce que l'enfant pouvait acquérir avec les biens personnels de l'ascendant, dont celui-ci lui laissait l'administration (Cod. *de Bonis quæ liberis*).

461. — Dans les pays coutumiers, du moins dans la plupart d'entre eux, la puissance paternelle ne conférait, par elle-même, au père ou à la mère aucun droit d'usufruit sur les biens personnels des enfants (Bourjon, *Droit commun de la France*, liv. I, tit. v, chap. I, sect. I).

Ce n'était qu'en vertu du droit de *bail* ou de *garde*, que la jouissance de ces biens était, dans certains cas, attribuée au père, ou à la mère, ou aux autres ascendants, et quelquefois même aux collatéraux.

462. — Qu'était-ce que ce droit de bail et de garde? et quelle en est l'origine?

A quelles personnes était-il accordé? et sur quels biens?

Quels droits en résultaient?

Quelles charges?

Et comment prenait-il fin?

Quelques mots sur ces questions, afin d'esquisser à grands traits cette institution coutumière, à laquelle notre usufruit paternel doit plusieurs de ses dispositions les plus importantes.

463. — « *Garde* et *bail*, dit Pothier, sont des mots qui, dans nos coutumes, signifient gouvernement, administration avec autorité. » (Introd. au titre I de la Coutume d'Orléans, *des Fiefs*, chap. x, *de la Garde noble*[1].)

Et ailleurs Pothier ajoute :

« La *garde* est le droit que la coutume donne au

1. On pense que *bail* peut dériver de *bajulus*, terme de basse latinité, qui signifie *gouverneur*.

survivant de deux conjoints par mariage, ou, à son défaut ou refus, aux autres ascendants, de gouverner avec autorité les personnes des enfants mineurs dudit mariage, et les biens qui sont avenus auxdits mineurs de la succession du prédécédé et qui pourraient leur avenir d'ailleurs. » (Introd. au titre x de la Coutume d'Orléans, *de la Puissance paternelle.*)

Cette garde *entre nobles,* c'est-à-dire lorsque le père, la mère ou toute autre personne appelée à l'exercer était noble, cette garde, dis-je, conférait au gardien l'usufruit des biens personnels de l'enfant. Et de là son nom de *garde noble,* par opposition à la *garde bourgeoise*, c'est-à-dire à celle qui était dévolue à des personnes non nobles, à des roturiers.

Cette dernière garde était en général sans émoluments; elle ne constituait qu'une tutelle légitime, qui imposait au père, à la mère, au gardien enfin, quel qu'il fût, comme à tout autre tuteur ou administrateur, l'obligation de rendre compte des revenus.

Toutefois, dans la Coutume de Paris, et par une disposition exceptionnelle de cette coutume, la garde bourgeoise conférait aussi au gardien la jouissance des biens de l'enfant; et il n'y avait guère, entre la garde noble et cette garde bourgeoise parisienne, d'autre différence que la durée (Lettres patentes données par Charles V, le 9 août 1371, et par Charles VI, le 5 août 1390; *Nouveau Denizart*, t. IX, v° *Garde noble,* n° 6).

464. — D'où provenait cette institution? et pourquoi cette garde noble fructuaire à côté de cette garde bourgeoise improductive?

Pothier va nous en dire encore l'origine :

« Notre coutume a traité de la garde noble sous le titre *des Fiefs*, parce qu'elle en tire son origine. Comme les fiefs étaient tenus autrefois à la charge du service

militaire, lorsqu'un vassal laissait à sa mort des enfants mineurs qui n'étaient pas encore capables de ce service, le seigneur se mettait en possession de leurs fiefs et en jouissait, jusqu'à ce qu'ils eussent atteint un âge suffisant, en se chargeant de pourvoir, en attendant, à leurs aliments et à leur éducation. De là l'origine de la garde royale et seigneuriale qui a lieu en Normandie.

« Depuis, les seigneurs se déchargèrent de ce soin sur quelqu'un des proches parents des mineurs, qui jouissait des fiefs des mineurs jusqu'à ce qu'ils fussent en âge suffisant, en se chargeant tant de faire le service militaire à leur place que de pourvoir aux aliments et à l'éducation des mineurs. » (Introd. au titre *des Fiefs*, chap. x, n° 315; ajout. : *Ancien Denizart*, t. II, v° *Garde;* Merlin, *Rép.*, v° *Usufruit paternel*, et v° *Puissance paternelle*).

465. — C'est donc à l'organisation féodale que se rattache le principe du droit de garde; et la garde noble n'était qu'une transformation de l'ancienne garde seigneuriale.

Cette origine explique ses règles les plus importantes.

466. — C'est ainsi qu'elle ne s'appliquait qu'aux personnes nobles, comme autrefois le droit de bail ne s'appliquait qu'aux fiefs.

Seulement la prérogative accordée à la noblesse du sang, dit très-bien M. Demangeat, avait remplacé la prérogative attachée à la noblesse de la terre (voy. *Revue de droit français et étranger*, 1845 et 1847).

467. — Nous avons déjà dit que la garde noble était déférée au survivant des père et mère des mineurs, et, à défaut du survivant, à leur aïeul ou aïeule, et même aussi, dans quelques coutumes, aux collatéraux.

Il fallait que le gardien eût l'exercice de ses droits civils; l'interdiction était une cause d'incapacité.

Quant à la minorité, les coutumes n'étaient pas uniformes; et plusieurs auteurs enseignent que le père ou la mère mineur pouvait néanmoins être gardien.

468. — La garde noble ne comprenait, suivant l'opinion la plus générale, que les biens de la succession du père ou de la mère, dont le décès y donnait ouverture. Les autres biens du mineur n'y étaient pas soumis (Pothier, *de la Garde noble*, n° 330; *Nouveau Denizart*, t. IX, v° *Garde noble*, § 8, n° 1).

469. — Le droit du gardien consistait originairement et principalement dans un droit de jouissance, dans une espèce d'usufruit.

Ce principe a toujours été appliqué à l'égard des immeubles.

Mais, en ce qui concerne le droit du gardien sur les meubles, les coutumes étaient fort diverses, et les auteurs eux-mêmes très-partagés.

Dans certaines coutumes, le gardien acquérait la pleine propriété des meubles;

Dans d'autres, il n'en avait que la jouissance;

Il y en avait même dans lesquelles le gardien n'en avait ni la propriété ni la jouissance, mais seulement l'administration comptable.

La cause de ces diversités paraît être dans les abus auxquels les gardiens s'étaient autrefois livrés. Il fallait que ces abus fussent bien notoires pour que l'on ait cru pouvoir définir la garde elle-même en ces termes: *deprædatio bonorum pupilli* (*Ancien Denizart*, t. II, v° *Garde*, n° 1).

Cette avarice des gardiens, dit aussi Pothier, *alla jusqu'à s'arroger le droit de s'emparer en propriété de tout le mobilier des mineurs* (introd. au titre *des Fiefs*, n° 315).

Quelques coutumes leur laissèrent cette pleine propriété.

D'autres la leur enlevèrent au contraire tout à fait : *meubles ne tombent en garde.*

Et d'autres, enfin, ne leur accordèrent que la jouissance seulement des meubles comme celle des immeubles.

Remarquons, au reste, que, dans les coutumes mêmes où le gardien acquérait la propriété des meubles, on exceptait certains meubles importants, tels que les créances de la succession du conjoint prédécédé pour la reprise de ses propres aliénés, etc.

470.—Quant aux obligations que le gardien devait remplir, et aux charges qu'il devait supporter, elles étaient fort importantes; et c'est ici le côté par lequel ce sujet nous intéresse le plus aujourd'hui.

D'abord tout gardien, noble ou bourgeois, devait faire inventaire; et en outre, le gardien bourgeois devait fournir caution (*Nouveau Denizart*, t. IX, v° *Garde noble*, § 7, n° 1).

471. — La coutume de Paris chargeait le gardien :

« De payer et acquitter *les dettes* et arrérages de rentes que doivent les mineurs ; de les nourrir, alimenter et entretenir selon leur état et qualité, de payer et acquitter les charges annuelles que doivent les héritages et iceux entretenir de toutes réparations viagères; et en fin desdites gardes, rendre lesdits héritages en bon état. »

Parmi ces obligations, nous devons particulièrement remarquer celle qui était imposée au gardien d'*acquitter les dettes* (*mobilières*) de la succession du prédécédé.

De là cette formule célèbre : *qui bail ou garde prend, quitte le rend* (Loisel, *Inst. cout.*, livre I, tit. IV, règle 2, édit. de MM. Dupin et Laboulaye, t. I, p. 213).

472. — Les dettes mobilières étaient considérées, dans notre ancien droit français, comme une charge de l'universalité du mobilier (*voy.* même encore Code Napoléon, art. 1401, 1409).

Or, le gardien, dans l'origine, acquérait, presque partout, la propriété des meubles ; et c'est ainsi sans doute que l'obligation de payer les dettes mobilières était devenue la sienne.

Cette obligation avait même continué de peser sur lui dans celles des coutumes qui lui avaient plus tard enlevé la propriété des meubles.

Il est essentiel de faire observer d'ailleurs que les dettes mobilières n'étaient point, à cette époque, aussi nombreuses ni aussi lourdes qu'elles pourraient l'être de nos jours.

Car le prêt à intérêt était défendu ; et les rentes soit foncières, soit constituées, étaient généralement classées parmi les immeubles.

Ajoutons que de même qu'on avait excepté du mobilier actif certaines créances qui étaient réputées représenter des immeubles du mineur, de même on avait excepté du mobilier passif certaines créances qui avaient aussi pour cause les immeubles.

Les dettes mobilières de la succession du prédécédé qui se trouvaient à la charge du gardien, se composaient donc surtout finalement des arrérages des rentes passives déjà échues du vivant de l'époux prédécédé (*Nouveau Denizart*, t. IX, v° *Garde noble*, § 12, n° 10).

473. — La coutume n'imposait au gardien que l'obligation d'acquitter *les dettes*.

Or, les legs mobiliers faits par le prédécédé, et les frais funéraires de celui-ci ne sont pas précisément des dettes, mais plutôt des charges de la succession. L'auteur de cette succession n'a jamais été lui-même, bien entendu, débiteur des legs qu'il a laissés, ni de

ses frais funéraires; les legs et les frais funéraires sont donc moins une dette héréditaire, une dette transmissible qu'une charge, qui ne s'ouvre qu'en même temps que la succession et qui ne pèse que sur elle;

Donc, le gardien n'en doit pas être tenu.

Voilà le raisonnement qu'on avait employé, en effet, pour l'y soustraire.

474. — On n'y avait toutefois nulle part réussi en ce qui concerne les frais funéraires du prédécédé.

S'ils ne sont pas des dettes dans la rigueur technique de ce mot, ils doivent être payés, par privilége, avant les dettes; et dès lors, *a fortiori*, le gardien doit-il les payer. C'est l'argument des auteurs du *Nouveau Denizart* (t. IX, v° *Garde noble*, § 12, n° 9).

Et tous les auteurs enseignaient unanimement la même doctrine (Pothier, introd. au titre *des Fiefs*, n° 341).

Quelques coutumes s'en expliquaient même en termes exprès.

475. — Quant aux legs, c'était autre chose.

L'obligation de les acquitter n'était pas imposée au gardien, même dans celles des coutumes qui lui laissaient la propriété des meubles (*Nouveau Denizart*, t. IX, v° *Garde noble*, § 12, n° 9).

Pothier (*loc. cit.*) exceptait toutefois les legs de sommes modiques.

476. — La jouissance du gardien durait jusqu'à ce que l'enfant eût atteint un certain âge, qui n'était pas uniformément réglé par toutes les coutumes.

D'après l'article 268 de la Coutume de Paris:

« La garde noble dure aux enfants mâles jusqu'à vingt ans, et aux femelles jusqu'à quinze ans accomplis; et la garde bourgeoise dure aux enfants mâles jusqu'à quatorze ans, et aux femelles jusqu'à douze ans finis et accomplis. »

477. — Mais la garde pouvait finir encore, avant ce temps, par plusieurs événements :

1° Par la mort naturelle ou civile soit du gardien, soit de l'enfant ;

2° Par le mariage de l'enfant, avec le consentement du gardien ; car le mariage produisait l'émancipation ;

3° Par l'émancipation elle-même directement conférée à l'enfant par lettres du prince entérinées du consentement du gardien ;

4° Par l'inaccomplissement des obligations imposées au gardien :

Soit à l'égard des biens, s'il y commettait des abus et des malversations, s'il négligeait de les réparer;

Soit à l'égard des enfants, s'il ne leur donnait pas les aliments ou l'éducation convenable ;

5° A l'égard de la gardienne, par sa débauche publique (Pothier, introd. au titre *des Fiefs*, n° 346);

6° Enfin, suivant les différentes coutumes :

Tantôt par le second mariage soit du gardien, soit de la gardienne, nobles ou bourgeois, sans distinction;

Tantôt par le second mariage seulement du gardien ou de la gardienne bourgeois, à la différence du second mariage du gardien ou de la gardienne nobles, qui ne mettait pas fin à la garde, à moins pourtant que la gardienne n'épousât un homme qui ne fût pas noble ;

Tantôt, enfin, par le second mariage seulement de la gardienne ; le second mariage du gardien, c'est-à-dire du mari survivant, ne mettant point fin à la garde.

478. — C'est à la suite de ces traditions que le Code Napoléon est venu.

L'usufruit paternel, qu'il a institué, rappelle sans doute l'usufruit qui appartenait, dans les pays de

droit écrit, au père de famille sur les biens composant le pécule adventice des enfants qui se trouvaient sous sa puissance. Mais il en diffère toutefois essentiellement soit quant aux personnes auxquelles il est attribué, soit quant aux biens qu'il comprend, et aux droits qui en résultent, soit surtout quant à sa durée.

Nous retrouverons également dans notre Code Napoléon des vestiges nombreux et importants de la garde noble; mais l'usufruit paternel, qu'il a créé, en diffère aussi profondément à beaucoup d'égard :

Soit quant aux personnes qui y sont appelées;

Soit quant à l'époque à laquelle il s'exerce;

Soit quant aux biens qu'il comprend.

479. — Les rédacteurs du Code Napoléon ont attaché l'usufruit légal à la puissance paternelle; ils en ont fait l'un de ses attributs.

Indemniser, récompenser le père, et, après lui, la mère, des peines et des soins que leur cause l'éducation de leur enfant;

Prévenir, le plus possible, la nécessité de comptes anciens et compliqués de revenus entre le père ou la mère et l'enfant;

Tel a été leur double but.

Il était bien d'ailleurs, il était utile et équitable d'associer le père ou la mère au bien-être de l'enfant qu'ils élèvent, de resserrer ainsi de plus en plus les liens d'affection et de protection qui les unissent. On le pouvait d'autant mieux, qu'il ne s'agit, après tout, que des revenus, dont la destination est d'être dépensés, et qu'enfin si des économies sont faites par le père ou la mère usufruitiers, ces économies profiteront à l'enfant lui-même, qui retrouvera plus tard dans la succession de ses auteurs cette augmentation de leur fortune personnelle.

Ajoutons enfin que l'usufruit légal, en attribuant à l'époux survivant la jouissance des biens de la succession de l'époux prédécédé, a encore ce résultat moral de lui épargner souvent un brusque changement dans ses habitudes et dans son genre de vie, changement qui aurait pu lui être d'autant plus pénible, qu'il l'atteindrait au moment même où il vient d'être frappé dans ses plus chères affections.

480. — Nous allons examiner :

1° A qui l'usufruit légal est accordé ;

2° Quels biens il comprend ;

3° Quels droits il confère ;

4° Quelles obligations il impose ;

5° Comment il prend fin.

§ I.

A qui l'usufruit légal est-il accordé ?

SOMMAIRE.

481. — L'usufruit légal n'appartient qu'au père et à la mère ; il leur appartient à titre de puissance paternelle, et indépendamment de la tutelle.

482. — La mère aurait-elle droit à l'usufruit légal dès avant la dissolution du mariage, si le père, interdit ou présumé absent, se trouvait dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle, ou encore s'il avait été déchu de ses droits sur la personne et sur les biens de ses enfants, par application de l'article 335 du Code pénal ? Première opinion : L'usufruit légal appartient alors à la mère.

483. — Seconde opinion : L'usufruit légal n'appartient pas à la mère. A. Du cas où le père n'est pas déchu du droit de puissance paternelle, mais seulement empêché de l'exercer.

484. — B. Du cas où le père est déchu du droit de puissance paternelle.

485. — L'interdiction du père ou de la mère n'empêche pas l'usufruit légal de s'ouvrir ou de durer à son profit.

486. — Les père et mère étrangers peuvent-ils réclamer, en vertu de l'article 384, la jouissance légale des immeubles situés en France et appartenant à leurs enfants ?

487. — L'usufruit légal est-il déféré de plein droit? ou une acceptation quelconque du père ou de la mère est-elle requise?
488. — Le père ou la mère peut renoncer à l'usufruit légal. — Importance possible de cette renonciation.
489. — En quelle forme doit-elle être faite?
490. — Les futurs époux peuvent-ils, par leur contrat de mariage, renoncer d'avance à l'usufruit paternel? — Première opinion : Cette renonciation est permise.
491. — Seconde opinion : Cette renonciation est défendue.

481. — L'article 384 attribue l'usufruit légal :

Au père, pendant le mariage, et après la dissolution du mariage, au survivant des père et mère.

Les rédacteurs du Code Napoléon en ont fait ainsi un attribut de la puissance paternelle proprement dite; et de là deux conséquences :

1° L'usufruit légal n'appartient pas à d'autres qu'au père ou à la mère; il n'appartient jamais aux ascendants du degré supérieur, ni, bien entendu, dès lors à des collatéraux;

2° Il appartient au père pendant le mariage, et après la dissolution du mariage, au survivant, lors même que ce dernier ne serait pas tuteur, par quelque motif que ce fût; car la puissance paternelle est distincte de la tutelle.

482. — La mère aurait-elle droit à l'usufruit légal, dès avant la dissolution du mariage, si le père interdit ou présumé absent, se trouvait dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle, ou encore s'il avait été déchu de ses droits sur la personne et sur les biens de ses enfants, par application de l'article 335 du Code pénal?

Marcadé soutient vivement l'affirmative :

1° L'usufruit légal est la récompense, la compensation des peines et des soins, qu'imposent au père ou à la mère l'éducation de l'enfant et l'administration de ses biens;

Or, c'est alors la mère qui prend ces soins et ces peines;

Donc, c'est la mère, qui doit avoir l'usufruit : « qui « sentit incommodum, commodum sentire debet. »

2° Objectera-t-on les termes de l'article 384, qui n'accorde l'usufruit qu'*au père pendant le mariage*, et seulement *après la dissolution du mariage, au survivant des père et mère?*

Mais l'article 373 porte aussi que le père *seul* exerce l'autorité (paternelle) *durant le mariage*. L'article 380 dispose également que le père est, *durant le mariage*, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs;

Or, les termes des articles 373 et 389 n'empêchent pas de décider que la mère, même avant la dissolution du mariage, exercera l'autorité sur la personne des enfants et administrera leurs biens, si le père est dans l'impossibilité physique ou légale d'exercer la puissance paternelle;

Donc, il en doit être de même de l'usufruit; car les termes de l'article 384 sont absolument pareils à ceux des articles 373 et 389 (ajout. aussi art. 381). La logique et la raison s'opposent à ce qu'on admette dans ces trois cas, des solutions différentes (ajout. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 370).

483. — Cette opinion est assurément fort sérieuse; et néanmoins je ne crois pas devoir l'adopter.

Il me paraît d'abord utile de distinguer les deux hypothèses, dans lesquelles notre question peut naître; car je crois que la solution, qui précède, est plus contestable encore dans l'une que dans l'autre.

A. Supposons donc, en premier lieu, que le père n'est pas déchu du droit même de la puissance paternelle sur la personne et sur les biens de ses enfants, et qu'il se trouve seulement empêché de l'exercer, pour cause d'interdiction par exemple.

Eh bien, je dis qu'alors l'usufruit légal continue de lui appartenir :

Le texte même le déclare ainsi. L'article 384 accorde, en effet, l'usufruit légal au père *pendant le mariage.*

Mais, dit-on, le texte tout pareil des articles 373 et 389, ne vous empêche pas d'attribuer à la mère, même pendant le mariage, l'éducation des enfants et l'administration de leurs biens.

Peut-être pourrais-je répliquer d'abord que les termes de l'article 384 sont plus développés et plus énergiques que ceux des articles 373 et 389. Car non-seulement l'article 384 porte, comme les deux autres articles, ces mots : *pendant le mariage;* mais en outre, il ajoute ceux-ci, qu'on ne trouve pas dans les deux autres : et, *après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère.*

Mais même en admettant que les termes des trois articles fussent identiques, l'identité des solutions sur les deux cas ne me paraîtrait pas nécessairement en résulter ; et j'y vois au contraire une grande différence :

D'une part, en effet, lorsque, durant le mariage, le père se trouve empêché d'exercer la puissance paternelle, c'est toujours en lui néanmoins que réside cette puissance. A la vérité, un obstacle accidentel s'opposant à ce qu'il l'exerce lui-même, il est logique et convenable de confier cet exercice à la mère ; mais la mère, dans ce cas, n'exerce qu'une sorte d'*intérim* plus ou moins temporaire et provisoire ; et, en réalité, elle ne fait alors qu'*exercer les droits du mari.*

Ce sont les termes mêmes de l'article 141, pour le cas où le père est présumé absent ; article qui charge seulement la mère de pourvoir à l'éducation des enfants et à l'*administration* de leurs biens, sans lui at-

tribuer l'usufruit; et nous en avons conclu qu'en effet elle n'a pas droit à cet usufruit (*voy.* notre *Traité de l'Absence*, n° 318).

Or, ce que l'article 141 décide pour le cas de présomption d'absence, doit être évidemment décidé pour tous les cas semblables.

D'autre part, en confiant ainsi provisoirement à la mère l'éducation des enfants et l'administration de leurs biens, on ne cause de préjudice à personne; on ne lèse aucun des droits du mari.

Mais il en serait certes tout autrement, si vous lui enleviez l'usufruit légal.

Une telle mesure, qui ferait passer de la tête du mari sur celle de la femme, le droit lui-même d'usufruit, qui éteindrait le titre d'usufruitier du mari et transmettrait ce bien, qui est le sien, dans le patrimoine personnel de la femme, cette mesure n'a pas ce caractère intérimaire et provisoire, que nous reconnaissions tout à l'heure dans les autres mesures relatives à l'administration de la personne et des biens de l'enfant; elle agit sur le fond du droit; elle le déplace!

Et par cela même, elle n'est pas non plus, comme les autres mesures, inoffensive; tout au contraire, elle blesse, elle atteint profondément le mari dans ses droits personnels.

Mais, dit-on, la mère va donc gérer pour rien! elle aura les peines; elle n'aura pas les avantages!

Je ferai deux réponses :

D'abord, l'usufruit légal n'est pas un attribut essentiel de la puissance paternelle. C'est ainsi qu'il ne dure que jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de dix-huit ans. Il est vrai que la loi l'a établi à titre de récompense et d'indemnité; mais ce motif, qui n'est pas, bien entendu, dans son texte, ne forme pas une condition de l'exercice de cette puissance. L'usufruit légal

est un bien qui ne peut appartenir qu'à celui auquel la loi elle-même l'accorde, de même qu'il ne peut cesser d'appartenir qu'à celui auquel la loi elle-même l'enlève; or, encore une fois, l'article 384 déclare formellement que ce bien n'appartient qu'au mari pendant le mariage et ne passe à la mère qu'après la dissolution du mariage.

J'ajoute que cette solution n'a pas les inconvénients qu'on lui prête; car la communauté étant, d'après le droit commun, le régime matrimonial des époux, la femme profitera toujours elle-même de l'usufruit légal, puisque tous les fruits et revenus tombent dans la communauté (comp. Demante, t. II, n° 129 *bis*, IV; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 370; Aubry et Rau, t. IV, p. 609; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Code Napol.*, p. 218).

484. — B. La question me paraît, j'en conviens, plus délicate, lorsque le père est déchu du droit même de la puissance paternelle.

C'est bien en son propre nom alors que la mère exerce la puissance paternelle; et nous n'avons point à craindre de blesser les droits du mari; car son usufruit légal est éteint pour toujours.

Il est vrai; mais cet usufruit, il s'est éteint au profit des enfants eux-mêmes, si la loi ne l'attribue pas de suite à la mère; et l'article 384 ramène ici notre argument de tout à l'heure.

L'usufruit ne peut appartenir qu'à celui auquel la loi l'attribue expressément; or, l'article 384 ne l'attribue à la mère qu'après la dissolution du mariage.

Et voici encore un motif qui, dans ce dernier cas, me détermine :

La privation de l'usufruit paternel, que l'article 335 du Code pénal prononce contre le père coupable du délit qu'il prévoit, cette privation est pénale.

La loi a dû vouloir atteindre sans doute efficacement son but.

Or, elle ne l'atteindrait nullement, si l'usufruit dont le père est déchu, était transmis à la mère.

En effet, dans le cas de communauté légale ou conventionnelle, rien ne serait changé; et le mari continuerait à jouir des biens de ses enfants, comme si aucune déchéance n'avait eu lieu contre lui; car on sait que la communauté est le droit commun (art. 1393).

Même sous les autres régimes, les revenus des époux étant presque toujours dépensés en commun, et le mari administrant très-souvent les biens et percevant les revenus personnels de sa femme, ne serait pas non plus atteint.

Donc, on ne doit pas supposer que la loi ait prononcé une déchéance qui serait presque toujours absolument nulle.

C'est par le même motif que, d'après l'article 730, le père ou la mère qui a été déclaré indigne d'une succession, ne peut, en aucun cas, réclamer sur les biens de cette succession, l'usufruit, que la loi accorde aux père et mère sur les biens de leurs enfants, auxquels cette succession a été dévolue. La loi a voulu que la déchéance qui résulte de l'indignité fût efficace. C'est ainsi encore que l'article 386 déclare l'usufruit éteint dans la personne de la mère qui se remarie, afin d'empêcher cet usufruit de profiter à des étrangers.

Dira-t-on enfin que pour atteindre le père coupable, on frappe la mère innocente?

Je répondrai que c'est la loi qui a établi l'usufruit paternel, et que lorsque, par des considérations importantes, elle ne croit pas devoir l'accorder actuellement à la mère, celle-ci ne peut pas dire qu'on attente à son droit; car elle n'a d'autre droit que celui que la loi juge convenable et utile de lui accorder.

L'usufruit éteint dans la personne du père se réunirait donc à la propriété, au profit des enfants, pour ne renaître qu'après la dissolution du mariage, au profit de la mère, si c'était elle qui survivait (Delvincourt, t. I, p. 93, note 9; Toullier et Duvergier, t. II, n° 1064; Proudhon et Valette, t. II, p. 262, note *a*; Duranton, t. III, n° 384; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 609; Taulier, t. I, p. 493; Allemand, *du Mariage*, t. II, n° 1113; Demante, t. II, n° 129 *bis*, IV).

485. — L'interdit était autrefois incapable de la garde noble; car ceux, dit Pothier, qui sont incapables de se gouverner eux-mêmes, ne peuvent être réputés capables de gouverner les autres (*de la Garde noble*, sect. I, § 2; *supra*, n° 467).

Mais aujourd'hui l'interdiction du père ou de la mère n'empêche certainement pas l'usufruit légal de s'ouvrir ou de durer à son profit.

L'interdiction peut bien avoir pour résultat de priver le père (ou la mère), soit de l'exercice de la puissance paternelle sur la personne de ses enfants, soit de leur tutelle, et, par suite aussi, de l'administration de leurs biens.

Mais l'usufruit légal ne dépend conditionnellement ni de la puissance paternelle sur la personne des enfants, ni de la tutelle, ni de l'administration des biens de l'enfant.

C'est un droit propre au père; et il le conserve tant que la loi, qui le lui a concédé, ne le lui enlève pas; or, aucun texte ne le lui enlève dans le cas d'interdiction.

486. — J'ai examiné ailleurs la question de savoir si les père et mère étrangers peuvent réclamer, en vertu de l'article 384, la jouissance légale des immeubles situés en France, et appartenant à leurs enfants (*voy.* notre t. I, n° 88).

Et j'ai pensé que cette jouissance, bien qu'elle eût un caractère de réalité, n'était néanmoins qu'une dépendance et un accessoire de la loi sur la puissance paternelle, loi personnelle qui ne régit que les Français.

Je trouve, dans le *Nouveau Denizart*, ce passage qui confirme tout à fait mon sentiment :

« Ce pouvoir (le pouvoir sur les biens, que conférait la garde noble) étant une suite d'un droit personnel, serait par là même un droit personnel.... » (T. IX, v° *Garde noble*, § 2, n° 1.)

Je crois qu'on aurait tort de me rappeler, à titre d'objection, que j'ai reconnu aux père et mère étrangers la faculté de faire détenir leur enfant soit par voie de réquisition, soit même par voie d'autorité (*supra*, n° 357). Si j'ai admis cette proposition, c'est que les articles 375 et suivants, quoiqu'ils appartiennent à l'ordre des lois personnelles, peuvent être aussi considérés comme une loi de police et de sûreté, dans le sens élevé de ce mot (art. 3); or, ce motif-là n'est ici d'aucun secours pour faire attribuer l'usufruit légal aux père et mère étrangers.

487. — L'usufruit *légal* est attribué (sa dénomination l'indique) au père ou à la mère par la loi elle-même; il leur est attribué de plein droit, et rien, dans les textes ni dans les principes, ne nous autorise à en subordonner l'ouverture ou l'exercice à une acceptation sous une forme quelconque.

Il est vrai qu'autrefois, dans certaines coutumes, la garde noble n'était pas déférée de plein droit, et devait au contraire être acceptée.

Mais d'abord, il n'en était pas ainsi dans toutes les provinces; et en outre, dans celles qui exigeaient l'acceptation des gardiens, on n'était d'accord ni sur la forme judiciaire ou extrajudiciaire de cette accepta-

tion, ni sur le délai dans lequel elle devait être faite, ni sur le point de savoir si elle devait se faire en personne ou par procureur (comp. *Nouveau Denizart*, t. IX, v° *Garde noble*, sect, II, § 2).

Le silence du Code Napoléon sur ces différents points ne permet pas de douter qu'il a adopté la disposition des coutumes qui déféraient la garde de plein droit.

488. — Mais, bien entendu, si le père ou la mère n'a pas besoin d'accepter l'usufruit légal, il peut y renoncer; c'est un avantage que la loi lui offre, ce n'est point une charge qu'elle lui impose.

Il en était ainsi de la garde noble (*Nouveau Denizart*, t. IX, v° *Garde noble*, § 6, n° 1).

Il importe seulement que le père ou la mère, lorsqu'il veut en effet renoncer à l'usufruit légal, ne fasse aucun acte, d'où l'on pourrait conclure qu'il l'a accepté.

Car nous verrons que son acceptation une fois faite pourrait produire irréparablement contre lui des effets importants; irréparablement, dis-je, de telle sorte que la renonciation qu'il ferait ensuite à l'usufruit légal, après l'avoir accepté d'abord, n'aurait d'effet que pour l'avenir (*infra*, n° 590).

489. — Le Code Napoléon n'a pas réglé la forme de cette renonciation.

M. Duranton enseigne qu'elle pourrait être faite par une déclaration formelle que le père ou la mère passerait devant un notaire ou devant un conseil de famille (t. III, n° 403).

Tel est aussi mon sentiment.

J'ajoute pourtant que je conseillerais au père ou à la mère de faire cette renonciation d'une manière en quelque sorte contradictoire avec les représentants de l'enfant plutôt que par une déclaration purement unilatérale devant notaire. Si, par exemple, le mariage

était dissous, le survivant ferait bien de notifier sa renonciation au tuteur, s'il ne l'était pas lui-même, ou s'il l'était, au subrogé tuteur.

490. — Nos anciens auteurs enseignaient généralement que :

« Si les époux, par leur contrat de mariage, sont convenus que le survivant ne pourra point prétendre la garde de leurs enfants mineurs, il faut s'en tenir à la clause.... » (*Nouveau Denizart*, t. IX, v° *Garde noble*, § 9, n° 9; ajout. Pothier, *de la Garde noble*, sect. II, § 1).

Et cette doctrine a été soutenue sous l'empire du Code Napoléon, relativement à l'usufruit paternel.

Zachariæ et ses savants annotateurs, MM. Aubry et Rau, enseignent en effet que les futurs époux peuvent, par leur contrat de mariage, renoncer à l'usufruit légal sur les biens de leurs enfants (t. III, p. 401, note 3).

On peut, en faveur de cette doctrine, raisonner ainsi :

Les père et mère peuvent renoncer à l'usufruit légal lorsqu'il est déjà ouvert; et, pour que leur renonciation anticipée fût défendue, il faudrait qu'elle fût contraire à l'ordre public ou à quelque disposition prohibitive de la loi.

L'ordre public?

En quoi donc serait-il blessé par une clause qui favorise l'avantage pécuniaire des enfants sans diminuer les droits de la puissance paternelle sur leur personne?

Les dispositions prohibitives de la loi?

Elles ne s'y opposent pas davantage.

En effet, l'article 1388 qui, précisément, prohibe certaines clauses ou renonciations dans les contrats de mariage, se compose de deux parties qui ne peu-

vent, ni l'une ni l'autre, s'appliquer à la clause qui nous occupe.

Dans sa première partie, l'article 1388 défend de déroger aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants, ou qui appartiennent au mari comme chef; or, l'usufruit légal ne rentre pas dans les droits sur la personne des enfants.

Dans sa seconde partie, l'article 1388 défend de renoncer aux droits conférés au survivant des époux par le titre *de la Puissance paternelle*, et par le titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation ;* or, l'usufruit légal ne rentre pas non plus dans les droits accordés au survivant, puisqu'il s'exerce pendant le mariage.

Donc, l'article 1388 ne défend pas la renonciation à cet usufruit.

491. — Je crois au contraire qu'il la défend, et qu'il a voulu en effet la défendre, et qu'il a eu, en cela, parfaitement raison :

1° Il la défend, dans la première partie, et surtout dans la seconde.

La première partie défend de déroger aux droits qui appartiennent au mari comme chef; or, c'est comme chef que le mari, que le père a l'usufruit légal, pendant le mariage, par préférence à la mère;

La seconde partie défend de déroger aux droits conférés au survivant des époux par le titre *de la Puissance paternelle;*

Or, l'usufruit légal est conféré au survivant des époux par le titre *de la Puissance paternelle ;*

Donc, il est certain que les époux ne pourraient pas y renoncer, en tant qu'il est conféré au survivant.

Mais on ne concevrait pas dès lors qu'ils pussent y renoncer, en tant qu'il est conféré au père pendant le mariage.

2° L'intention des rédacteurs du Code Napoléon n'est pas, d'ailleurs, douteuse à cet égard.

Voici en quels termes s'exprimait M. Treilhard, lors de la discussion de l'article 1388 :

« .... Cet article ne parle de la puissance paternelle que pour défendre les stipulations qui priveraient *le père* de son pouvoir sur la personne de ses enfants et *de l'usufruit de leurs biens....* » (Locré, *Législ. civ.*, t. XIII, p. 166.)

3° J'ajoute enfin que le législateur a eu raison de défendre ces renonciations prématurées faites d'avance à l'usufruit éventuel des biens des enfants à naître.

Que le père ou la mère puisse renoncer à l'usufruit légal déjà né et ouvert, à la bonne heure! c'est une offre que la loi lui fait; c'est un avantage qu'il est libre de ne pas accepter; il n'y a rien là de contraire à l'ordre public.

Mais que d'avance, sans savoir si l'usufruit sera bon ou mauvais, sans être en mesure d'apprécier aucune des autres circonstances qui peuvent le porter à l'accepter ou y renoncer, le père ou la mère déclare renoncer, non pas à cet usufruit non ouvert, mais à l'expectative purement éventuelle de cet usufruit, cela ne devait pas être.

C'est par des motifs d'intérêt général, à certains égards, que l'usufruit a été établi; et on ne doit pas permettre aux futurs époux de déjouer d'avance, et quand même! la prévoyance de la loi et le régime qu'elle a voulu instituer dans la famille.

Pothier disait :

« On peut bien, par contrat de mariage, renoncer à une succession future; pourquoi les conjoints ne pourraient-ils pas pareillement renoncer au droit de garde noble? » (*Loc. cit.*)

Or, aujourd'hui, on ne peut plus, même par contrat de mariage, renoncer à une succession future (art. 791, 1130, 1389).

Donc, l'opinion de Pothier se retourne aujourd'hui contre ceux qui l'invoquent (Toullier, t. XII, n° 15; Rodière et Pont, *Traité du Contrat de mariage*, t. I, n°s 61, 63; Marcadé, t. V, art, 1389, n° 6).

§ II.

Quels biens l'usufruit paternel comprend-il?

SOMMAIRE.

492 — L'usufruit légal est universel. — Il comprend tous les biens de l'enfant.
493. — Mais il faut, avant tout, que le bien soit acquis à l'enfant. — Du cas où une succession lui est échue.
494. — Suite.
495. — Suite. — *Quid*, s'il arrive que les intérêts du père usufruitier légal soient contraires à ceux de l'enfant?
496. — L'usufruit légal comprend tous les biens de l'enfant, excepté ceux que la loi elle-même en affranchit ou permet d'en affranchir. — Quelles sont ces exceptions?

N° 1. — *Des biens que les enfants peuvent acquérir par un travail ou une industrie séparés.*

497. — Motifs et étendue de cette première exception.
498. — Quel est le sens de ces mots : travail et industrie *séparés?* — Exemples.
499. — Il n'est pas nécessaire que l'enfant ne demeure point chez son père.
500. — Suite. — Exemples.
501. — De là peut résulter une inégalité véritable entre les enfants d'un même père. — Exemples. — Explications. — Conseils.
502. — Cette exception s'appliquerait-elle aux gains provenant du jeu ou d'un pari?
503. — *Quid*, du trésor trouvé par l'enfant ou par un tiers dans les biens de l'enfant?
504. — Suite.
505. — Le père a l'administration même de ceux des biens que l'enfant peut gagner par un travail et une industrie séparés.

N° 2. — *Des biens donnés ou légués à l'enfant, sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas.*

506. — Chacun peut apposer à ses libéralités les conditions qu'il juge convenables, dès que ces conditions ne sont pas contraires aux lois et à l'ordre public. — Motifs de la condition dont il s'agit.
507. — Il faut que la condition soit *expresse.*
508. — Quel est le sens de ce mot : condition *expresse?*
509. — Exemple.
510. — *Quid*, si un testateur a légué au père la moitié de ses biens, et à l'enfant l'autre moitié? — *Quid*, si le père et l'enfant sont appelés ensemble à la même succession?
511. — *Quid*, si c'est une rente viagère ou un usufruit qui a été donné ou légué à l'enfant?
512. — Quel est le droit de l'usufruitier légal sur un bail à ferme?
513. — La prohibition de l'usufruit paternel par le disposant, peut-elle comprendre la réserve de l'enfant?
514. — Suite.
515. — La prohibition de l'usufruit paternel peut être dirigée soit contre le père et la mère sans distinction, soit contre l'un d'eux seulement.

N° 3. — *Des biens d'une succession dévolue à l'enfant, par suite de l'indignité de son père ou de sa mère, qui y était d'abord appelé.*

516. — L'article 730. — Motif.
517. — Cette exception est applicable à la mère aussi bien qu'au père, lorsque c'est elle qui a été déclarée indigne.
518. — Si la mère, seule héritière, avait été déclarée indigne, et si son mari avait été condamné, avec elle, comme complice du fait, qui a produit son indignité, le père aurait-il néanmoins l'usufruit des biens de la succession recueillie par les enfants? — Même question à l'égard de la mère complice du père seul héritier.
519. — Dans le cas où le père seul aurait été déclaré indigne pendant le mariage, la mère aurait-elle de suite la jouissance des biens de la succession recueillie par ses enfants?
520. — *Quid*, si le père ou la mère avait seulement renoncé à la succession, qui, par suite de cette renonciation, se trouve dévolue à leur enfant? — *Quid*, si le père lui-même avait fait une donation entre-vifs à son enfant?

N° 4. — *Des biens compris dans un majorat.*

521. — Avis du Conseil d'État du 30 janvier 1811. — Loi du 30 juin 1849.

492. — L'article 384 accorde au père, et, après

lui, à la mère, la jouissance *des biens de leurs enfants....*

De leurs biens, sans exception ni réserve;

Donc, en général de tous leurs biens;

De quelque nature qu'ils soient;

Et à quelque titre qu'ils leur aient été acquis.

493. — Mais il est clair qu'il faut, avant tout, que le bien soit acquis à l'enfant.

Si donc une succession, par exemple, lui était échue, le père (ou la mère[1]) ne pourrait réclamer l'usufruit des biens héréditaires qu'autant que la succession aurait été préalablement acceptée au nom de l'enfant, suivant les conditions requises par la loi (art. 462).

Car le père n'est pas héritier; il n'a que l'usufruit des biens de l'enfant;

Or, c'est à l'enfant lui-même que la succession est échue;

Donc, c'est à l'enfant lui-même qu'appartient personnellement la faculté de l'accepter ou d'y renoncer.

494. — Le père aura seulement sa voix dans le conseil de famille s'il en fait partie; et il pourra même, soit à ce titre, soit comme tuteur ou subrogé tuteur, s'il a cette qualité, se pourvoir contre la délibération qui aurait été prise (art. 883 procéd.).

Mais, après cela, de deux choses, l'une :

Ou la succession sera répudiée; et alors le père n'en aura pas l'usufruit, quoiqu'il eût voté pour l'acceptation; car cette succession n'appartient pas à l'enfant;

Ou la succession sera acceptée; et alors le père en aura l'usufruit, quoiqu'il eût voté pour la répudia-

1. Tout ce que nous dirons désormais du père, en ce qui concerne l'usufruit légal, sera applicable à la mère, dans le cas où cet usufruit lui appartiendrait. Nous nous bornerons seulement à indiquer les différences qui existent entre l'un et l'autre relativement à ce droit.

tion; car il a voté comme membre du conseil de famille, il a agi sous ce rapport, *tutorio nomine*; et on n'en peut pas induire une renonciation, qu'il n'a nullement faite à ses droits personnels (arg. de l'article 621; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, nos 138 et 139).

495. — La Cour de Caen a fait une application très-intéressante de ces principes.

La succession maternelle échue à l'enfant mineur était grevée d'un legs d'usufruit excédant la quotité disponible.

Le père survivant et usufruitier légal des biens de son enfant, avait évidemment un intérêt personnel à ce que cet usufruit fût réduit; et il demandait en conséquence que par application de l'article 917, on abandonnât au légataire la quotité disponible en pleine propriété, au lieu de son legs d'usufruit.

Mais la Cour a décidé que le père, comme usufruitier légal, n'avait pas qualité pour élever cette prétention;

Que le choix entre l'exécution du legs d'usufruit excédant la quotité disponible ou l'abandon en pleine propriété de cette quotité, que ce choix devait être fait au point de vue de l'intérêt de l'enfant;

Et par arrêt du 27 mai 1836, la seconde chambre de la Cour a ordonné la mise en cause du subrogé tuteur, parce que les intérêts du mineur se trouvaient ici en opposition avec les intérêts de son père tuteur et usufruitier légal.

496. — L'usufruit légal est, disons-nous, un usufruit universel.

La règle est donc qu'il comprend, en général, tous les biens de l'enfant, et qu'il n'en faut excepter que ceux que la loi elle-même en affranchit ou permet d'en affranchir.

Nous n'avons dès lors qu'à nous occuper de ces exceptions, qui s'appliquent :

1° Aux biens, que les enfants peuvent acquérir par un travail et une industrie séparés;

2° Aux biens, qui leur sont donnés ou légués sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas;

3° Aux biens d'une succession recueillie par les enfants de leur propre chef, au lieu et place de leur père ou mère déclaré indigne de la recueillir.

Reprenons chacune de ces exceptions.

N° 1. — *Des biens que les enfants peuvent acquérir par un travail ou une industrie séparés.*

497. — Aux termes de l'article 387 :

« La jouissance légale ne s'étendra pas aux biens que les enfants pourront acquérir par un travail et une industrie séparés. »

C'est une récompense, c'est un encouragement donné aux habitudes d'ordre, de travail, de bonne conduite.

On voit que cette espèce de *pécule* est bien plus étendu que ne l'étaient autrefois les pécules *castrans* et *quasi castrans*, qui comprenaient seulement les biens acquis dans la profession des armes ou dans la culture des lettres et des arts.

Ce pécule nouveau comprend tout ce que l'enfant a pu acquérir par quelque travail et par quelque industrie que ce soit, dès que ce travail et cette industrie sont *séparés*.

Mais d'un autre côté pourtant, ce pécule ne pourra guère être jamais très-considérable, puisqu'il ne s'agit plus aujourd'hui que des enfants âgés de moins de dix-huit ans.

498. — L'acception de ce mot : travail et industrie *séparés*, est la même dans notre article 387 que

dans l'article 220, où nous l'avons déjà rencontré, en ce qui concerne la femme mariée, marchande publique (*voy.* notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, nos 199 et 200).

C'est-à-dire qu'il faut que l'enfant exerce un état ou une profession distincte de l'état ou de la profession du père, et en dehors des biens et des intérêts personnels de celui-ci.

Ainsi le père est jardinier; le fils ou la fille est domestique à gages chez autrui.

Le père est tailleur, et le fils maître d'études dans une pension;

Le père est banquier, et le fils est employé dans une administration ou clerc chez un notaire.

Dans tous ces cas, ce que le fils peut gagner lui appartient en pleine propriété.

499. — Il n'est pas d'ailleurs nécessaire, pour cela, que l'enfant ne demeure point chez son père; la loi ne l'exige pas, et elle ne pouvait pas l'exiger, puisqu'au contraire l'enfant ne doit pas avoir d'autre résidence que celle de son père. C'est ainsi que la femme mariée, tout en demeurant avec son mari, comme c'est son devoir (art. 214), peut faire un commerce séparé.

L'article 387 serait donc applicable à ce que l'enfant gagnerait en allant travailler dehors comme homme de journée, ou même aux bénéfices provenant d'une industrie qu'il exercerait séparément et pour son compte, chez son père lui-même.

500. — Mais si, au contraire, le fils était clerc ou commis chez son père, notaire, avoué ou commerçant;

Si la fille travaillait dans le comptoir de sa mère lingère;

Ou si l'enfant, même au dehors, était employé par

son père, par exemple, comme commis voyageur de sa maison de commerce;

Dans ces cas et autres semblables, on ne devrait point appliquer l'article 387.

501. — Et de là même peut résulter une inégalité véritable entre les enfants d'un même père.

Paul est négociant, et il a pour commis dans ses magasins, l'un de ses enfants, tandis que l'autre est maître clerc chez un notaire.

D'après les principes que nous venons de poser, le premier n'a rien à réclamer de son père; tandis que le second gagne au contraire, pour son propre compte, la pleine propriété de ses honoraires de maître clerc.

Cette différence n'est-elle pas injuste?

Notons d'abord qu'elle est certaine.

Elle résulte, en effet, du texte même de notre article 387, qui n'accorde à l'enfant que le bénéfice résultant pour lui d'un travail et d'une industrie *séparés*.

En dehors de cette exception, l'enfant ne peut rien réclamer, ni salaire, ni indemnité, pour les services qu'il peut rendre à son père.

C'est le devoir, c'est le droit du père d'employer honnêtement et utilement le temps de son enfant :

Son devoir; car il le forme ainsi à de bonnes habitudes; il le met en état de travailler plus tard lui-même pour son compte;

Son droit; car l'enfant élevé et nourri par son père lui doit, en retour de ses soins et de ses sacrifices le concours de ses efforts (*voy.* notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 66).

Il était impossible d'ailleurs d'autoriser l'enfant à mettre à prix son travail, à débattre en quelque sorte d'égal à égal avec son père le montant de son salaire! impossibilité qui n'existe pas, lorsque le travail ou l'industrie de l'enfant sont séparés.

Voilà le droit.

C'est au père ensuite, c'est à son équité, à son impartialité, qu'il appartient de répondre à ce qu'il y a de vrai dans l'objection qui précède.

C'est à lui de prévenir entre ses enfants les jalousies, les rivalités; à empêcher qu'ils ne cherchent tous à s'éloigner, à se *séparer* de lui.

C'est à lui enfin, lorsque ses facultés le lui permettent, de récompenser lui-même ceux de ses enfants qui travaillent avec lui et pour lui.

Ajoutons que l'enfant qui travaille pour son père est, bien entendu, nourri et entretenu aux frais de celui-ci (art. 203).

Tandis que le père pourrait certainement prélever les frais d'entretien et d'éducation de celui de ses enfants, qui travaille à part, sur les produits de son travail et de son industrie, si d'ailleurs cet enfant n'avait pas d'autres biens personnels, dont le père serait usufruitier (*infra*, n°s 538 et suiv.).

502. — L'exception établie par l'article 387, en faveur du travail et de l'industrie, ne s'applique pas sans doute aux gains provenant du jeu ou d'un pari (art. 1965).

503. — Il faut en dire autant d'un trésor, auquel l'enfant aurait droit en tout ou en partie, soit qu'il l'eût trouvé lui-même sur son propre fonds, soit qu'il l'eût trouvé sur le fonds d'autrui, soit enfin qu'un tiers l'eût trouvé sur son fonds.

Il n'y a là ni travail ni industrie (art. 716).

504. — Et je pense que le père aurait l'usufruit du trésor, lors même que ce trésor aurait été trouvé dans un bien de l'enfant, qui n'était pas soumis à l'usufruit paternel (Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 150).

Le trésor, en effet, n'était pas un accessoire du fonds, qui le recélait; bien différent des pierres ou du

minerai, etc., qui constituent les entrailles mêmes du sol, et aussi des bois de haute futaie, qui en sont une partie intégrante, le trésor a toujours eu une existence propre et distincte ; il était caché dans le sol comme il aurait pu être caché dans le tiroir secret d'un meuble ; voilà tout.

Mais il n'en faisait point partie ; aussi était-il toujours meuble même dans un immeuble (comp. notre *Traité des Successions*, t. I, n°s 32 et suiv.; Duranton, t. V, n° 373; Chardon, n° 123; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 370; Aubry et Rau, t. IV, p. 609).

505. — Remarquons enfin que de l'article 387, il ne résulte pas que l'enfant ait la libre disposition des biens, qu'il peut acquérir par un travail ou une industrie séparés.

L'enfant doit au contraire remettre ces biens à son père, qui, pour n'en avoir pas la jouissance, n'en a pas moins toujours l'administration (art. 389).

N° 2. — *Des biens donnés ou légués à l'enfant, sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas.*

506. — Aux termes de l'article 387 :

« L'usufruit paternel ne s'étend pas aux biens qui « pourraient être donnés ou légués à l'enfant sous la « condition expresse que les père et mère n'en joui- « ront pas. »

Le disposant peut apposer à sa libéralité telles conditions qu'il juge convenables, pourvu que ces conditions ne soient pas contraires aux lois ou aux bonnes mœurs.

Or, la loi elle-même, qui accorde cet usufruit au père, a cru devoir prendre le soin de déclarer licite la condition par laquelle le disposant le priverait de

la jouissance du bien donné ou légué à son enfant. On aurait pu craindre, sans cela, que l'enfant ne devînt la victime des ressentiments dont son père aurait été le seul objet; il peut se rencontrer beaucoup de personnes, qui, malgré une bienveillance très-marquée pour un enfant, aimeraient mieux ne lui rien laisser du tout, si le père devait nécessairement avoir l'usufruit de la libéralité qu'ils ne veulent faire qu'à l'enfant lui-même.

507. — Toutefois, comme c'est là une exception, l'article 387 veut que la condition soit *expresse*.

Dans le doute, il faudrait donc se décider en faveur de l'usufruit paternel, qui est la règle générale.

508. — Ce n'est pas à dire pourtant que le disposant doive employer aucune formule sacramentelle.

Il est nécessaire sans doute, mais il suffit que son intention de soustraire à l'usufruit paternel les biens par lui donnés ou légués à l'enfant, soit non équivoque et certaine.

Peu importe que cette condition soit exprimée dans une phrase détachée et *ad hoc*, ou qu'elle résulte virtuellement des différentes clauses et circonstances de la disposition elle-même.

Nous pouvons donc conclure que la condition est *expresse*, *dès qu'elle résulte clairement de l'acte* (article 1273; ajout. aussi article 843).

509. — Ne sera-t-il pas clair, par exemple, que le disposant a entendu priver le père de l'usufruit, lorsqu'il aura indiqué l'emploi qui devra être fait des fruits et revenus du bien par lui donné ou légué à l'enfant?

L'exécution de la libéralité, telle que le disposant l'a voulue, est alors incompatible avec l'usufruit paternel; et cela suffit certes bien pour démontrer expressément sa volonté!

510. — Mais voilà un testateur qui a légué au père la moitié de ses biens et à l'enfant l'autre moitié.

Est-ce qu'il n'a pas fait à chacun sa part? et si vous accordez au père l'usufruit de la moitié léguée à son fils, ne méconnaîtrez-vous pas la volonté expresse du disposant.

On l'avait prétendu ainsi autrefois (Lapeyrère, lettre V, n° 74).

Et on pouvait effectivement invoquer, en ce sens, la Novelle 118, chap. II, dans laquelle Justinien décide que le père, recueillant une succession en commun avec son enfant, n'a point l'usufruit de la part échue à celui-ci.

« Quoniam pro hac usus portione hæreditatis jus et « secundum proprietatem per præsentem dedimus « legem. » (Ajout. Cod. *de Bonis quæ liberis,* auth. excipitur).

Mais d'abord, pour ce qui concerne les biens recueillis par l'enfant cohéritier de son père, dans une succession *ab intestat,* nous n'avons aujourd'hui aucun texte semblable à la Novelle de Justinien (*voy.* les articles 749 et 751); et, par conséquent, le père aurait, en vertu du droit commun, l'usufruit de la part échue à son enfant; il l'aurait, non pas comme héritier (il ne s'agit plus des biens héréditaires), mais en sa qualité de père et en vertu de la puissance paternelle (car il s'agit des biens de l'enfant). L'article 730, qui est contraire à cette distinction, forme une exception en quelque sorte pénale, et qui ne peut, sous aucun rapport, être étendue.

Ce motif prouve aussi qu'il faudrait appliquer la même solution au cas où le père et l'enfant auraient été institués légataires, chacun par moitié ou dans toute autre proportion (peu importe) par la même personne.

Ce n'est pas comme légataire ni en vertu du testament que le père jouira de la part léguée à son enfant; c'est comme père, et en vertu de son droit de puissance paternelle.

Le disposant, qui a fait un legs au père lui-même, ne lui a point par cela seul, comme on dit, fait sa part; une telle disposition n'annonce certainement pas cette volonté *expresse*, que la loi exige, cette intention non équivoque d'enlever au père l'usufruit du bien légué à l'enfant.

511. — Supposons que c'est une rente viagère ou un usufruit qui a été donné ou légué à l'enfant.

Ne pourrait-on pas dire alors que le caractère même de la disposition est exclusif de l'usufruit paternel; que le bénéfice de cette disposition consiste dans les arrérages de la rente, dans les fruits ou intérêts du bien grevé d'usufruit, et que le disposant, qui les a attribués à l'enfant lui-même, a entendu par conséquent les enlever à son père?

Mais je ne crois pas que le seul caractère de cette disposition autorise une interprétation semblable.

Le père est usufruitier légal des biens de son enfant, de tous ses biens, corporels ou incorporels; d'une rente viagère donc comme d'un droit d'usufruit, qui pourrait lui appartenir;

Or, l'usufruitier d'une rente viagère a le droit d'en percevoir les arrérages sans être tenu à aucune restitution (art. 588); et l'usufruitier d'un usufruit n'est tenu que de restituer le droit d'usufruit, et non les fruits échus ou perçus pendant la durée de son droit (art. 1568);

Donc, le père gagnera les arrérages de la rente viagère, et les fruits ou intérêts de l'objet grevé de l'usufruit de son enfant.

C'est qu'en effet les arrérages de la rente viagère

(aujourd'hui du moins) ne sont que les fruits de la rente elle-même, créance principale, de même que le droit d'usufruit est le fonds, la substance, dont les revenus ne sont que les fruits (D., *Rec. alph.*, t. XII, v° *Usufruit légal*, p. 814; Allemand, *du Mariage et de ses effets*, t. II, n° 1115; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n°s 15 et 154; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 370).

512. — Faudrait-il appliquer la même solution à l'usufruit d'un bail à ferme?

Pierre est fermier d'un domaine, qu'il a loué pour neuf ans, moyennant un fermage annuel de 10 000 fr.

Il meurt, après avoir institué pour son légataire un enfant mineur, dont les biens sont soumis à l'usufruit paternel.

Le bail a encore plusieurs années à courir.

Le père ou la mère du légataire, en vertu de son usufruit légal, acquerra-t-il, pour son propre compte et sans aucune obligation de restitution, tous les bénéfices résultant du bail pour ne rendre, à la fin de sa jouissance, que le contrat de bail lui-même, s'il n'est pas encore expiré, et pour ne rien rendre du tout, s'il est déjà expiré?

Tel est le sentiment de Proudhon, qui concède à l'usufruitier d'un bail les mêmes droits qu'à l'usufruitier d'une rente viagère ou d'un usufruit (t. I, n° 367).

Cette question délicate appartient au titre *de l'Usufruit* en général; et c'est à ce titre que je renvoie l'examen approfondi qu'elle réclame (comp. notre *Traité de la Distinction des biens, de la Propriété, de l'Usufruit*, etc., t. II, n° 330).

La solution qu'elle doit recevoir me paraît, en effet, devoir être la même pour tous les cas, pour l'usufruit paternel aussi bien que pour l'usufruit ordinaire.

Je me borne à annoncer seulement ici que, suivant moi, la différence est très-grande entre l'usufruit d'une

rente viagère ou d'un usufruit et l'usufruit d'un bail à ferme; et mon avis est que l'usufruitier d'un bail à ferme doit au contraire restituer au nu-propriétaire le produit net du bail, et qu'il ne peut gagner, comme usufruitier, que les intérêts de ce produit net.

Il y a, en matière d'usufruit, une règle essentielle et fondamentale :

C'est que l'usufruitier doit conserver la substance (art. 578).

A l'usufruitier, les fruits, les intérêts, les arrérages, les revenus;

Mais au nu-propriétaire, la substance, le fonds, le capital.

Autrement, l'usufruit serait la pleine propriété!

Or, dans un contrat de bail, quel est l'objet du droit du fermier? quel est le fonds? quelle est la substance?

Ce sont évidemment les récoltes elles-mêmes ; et voilà pourquoi le droit du fermier est toujours meuble.

Donc, il faut qu'il rende les récoltes au nu-propriétaire.

Supposons en effet ceci :

Le père prédécédé avait acheté une coupe de bois, une seule coupe; ou bien une seule récolte de blé à faire.

Accorderiez-vous à la veuve, usufruitière légale, tout le profit de ce marché, sans aucune obligation de restitution?

Si vous dites oui, je demande où est le droit du nu-propriétaire; et si, en ce qui concerne ce marché, la veuve n'a vraiment pas, dans votre système, la pleine et entière propriété?

Si vous dites non, je demande le motif de cette différence, et pourquoi la solution n'est pas la même pour plusieurs récoltes comme pour une seule?

(Comp. Lyon, 26 avril 1822, Piot, Sirey, 1823, II, 281; Cass., 7 mars 1825, mêmes parties, Sirey, 1825, I, 125; Rouen, 19 juillet 1837, Fils, Dev., 1839, II, 120; Caen, quatrième chambre, 18 juillet 1842, Fallue, *Rec. de Caen*, t. VI, p. 575; *Nouveau Denizart*, t. IX, v° *Garde noble*, § 10, n° 3; Duranton, t. III, n° 372; Allemand, *du Mariage*, t. II, n° 1116; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 370.)

Je dois dire toutefois que cette thèse est très-controversée; et nous verrons même que la jurisprudence de la Cour de Cassation paraît devoir la trancher définitivement dans un sens contraire (comp. Cass., 19 janv. 1857, Reverdy, Dev., 1859, I, 421; et notre *Traité des Successions*, t. IV, n° 445).

513. — C'était autrefois une question fort agitée parmi les docteurs, que celle de savoir si la prohibition de l'usufruit paternel pouvait s'étendre à la *légitime* due à l'enfant dans la succession du disposant.

Plusieurs pensaient que ce droit de prohibition n'avait pas de limite (*voy.* Lebrun, *des Successions*, liv. II, chap. III, sect. IV, n° 22).

Mais l'opinion contraire était soutenue par le plus grand nombre; et elle invoquait surtout la Novelle 117, chap. I, qui, en autorisant le disposant à enlever à l'ascendant du légataire l'usufruit du bien légué, en excepte formellement la légitime.

« ... Postquam reliquerint filiis partem, quæ lege « debetur... » (Comp. Julien, *Éléments de jurisp.*, liv. I, tit. V, n° 17; Serres, *Instit. du Droit français*, liv. II, tit. IX, p. 207; Catellan, liv. IV, chap. XX, p. 204, et Vedel sur Catellan, p. 125.)

Cette question, en ce qui concerne la réserve légale, divise encore aujourd'hui les jurisconsultes.

Pour soutenir que la prohibition de l'usufruit pa-

ternel peut s'étendre même sur la réserve, on a raisonné ainsi :

La libéralité, qui entame la réserve légale, n'est pas nulle; elle est seulement réductible; et l'action en réduction, introduite uniquement dans l'intérêt du réservataire, ne peut être formée que par lui ou par ses représentants (art. 921);

Or, la prétention par laquelle le père soutiendrait que la réserve n'a pas pu être affranchie de son usufruit légal, cette prétention serait contraire à l'intérêt de l'enfant lui-même; elle retournerait contre lui une action établie uniquement pour lui; elle tendrait enfin, non pas à augmenter, mais à diminuer dans ses mains sa réserve au profit d'un tiers, et dans un intérêt qui n'est pas le sien;

Donc, elle ne saurait être admise (comp. Duvergier sur Toullier, t. II, n° 1067, note *a;* Demante, t. II, n° 133 *bis*, II).

Voici ma réponse ;

La réserve doit arriver franche et libre dans les mains du réservataire; c'est la loi elle-même qui la lui transmet; et l'auteur de la succession ne peut la grever d'aucune charge, d'aucune condition (art. 913 et suiv.).

« Si conditionibus quibusdam vel dilationibus aut « aliqua dispositione moram vel modum vel aliud gra- « vamen introducente...., ipsa conditio vel dilatio vel « alia dispositio moram vel quodcumque onus intro- « ducens tollatur. » (L. 32, Cod. *de Inoff. testam*).

Or, la condition par laquelle le défunt a déclaré qu'il privait le père de l'usufruit, cette condition altère, dans la personne de l'enfant lui-même, la pleine et libre propriété de la réserve;

Donc, elle doit donner ouverture à l'action en réduction.

L'argument sur lequel est basée l'opinion contraire, semble nier qu'il y ait ici une atteinte portée à la réserve. Le droit du réservataire, dit-elle, n'en est que plus entier et plus complet.

Eh non vraiment !

Son droit au contraire, malgré cette apparence, est, au fond, diminué ; car la réserve n'est plus libre dans ses mains ; elle n'est plus de même condition que ses autres biens.

La preuve de cette proposition est facile.

Supposez, en effet, qu'il soit de l'intérêt du réservataire que son père ait l'usufruit de sa réserve. Cela ne serait pas impossible. Le père, par exemple, ne demande pas mieux que de pourvoir, à ses propres frais, à l'entretien et à l'éducation de son enfant ; celui-ci a même déjà des biens personnels dont l'usufruit n'appartient pas à son père ; et néanmoins son père n'impute pas, comme il en aurait le droit, les dépenses d'éducation sur les revenus de l'enfant ; il les paye de ses propres deniers.

C'est dans ces circonstances qu'un testament vient déclarer qu'il n'aura pas l'usufruit de la réserve de son enfant. Je suppose que les fruits de la réserve elle-même ne seraient pas suffisants pour entretenir et élever l'enfant.

Eh bien ! soit, dira le père offensé : je n'aurai pas l'usufruit de la réserve ; mais c'est l'enfant qui va payer, sur les revenus mêmes de ses autres biens, les frais de son éducation ; tandis que si on m'avait laissé cet usufruit, j'aurais payé seul tous ces frais, même sur mes revenus personnels ; et les autres revenus de l'enfant n'y auraient pas contribué (*infra*, n°s 538 et suiv.).

Dans ce cas, l'enfant aurait donc intérêt à ce que son père ne fût pas privé de l'usufruit de sa réserve ; et dès lors, il pourrait, par une action en réduction,

telle que cette hypothèse la comporte, demander que cette condition fût réputée non écrite.

Or, si l'enfant lui-même a ce droit, c'est donc que la réserve est entamée ;

Et si la réserve est entamée, si l'enfant lui-même a l'action en réduction, cette action doit aussi appartenir à ceux qui ont des droits légitimes à exercer sur les biens compris dans sa réserve.

L'action en réduction n'est pas, en effet, exclusivement attachée à la personne du réservataire ; l'article 921 porte au contraire qu'elle peut être exercée par ses héritiers ou ayants cause. Or, sans vouloir soulever ici prématurément la difficile question des *tiers* et des *ayants cause*, sans prétendre non plus que le père, en tant qu'usufruitier légal, soit un *créancier* de ses enfants, dans l'acception technique de ce mot, ce qui me paraît incontestable, c'est que le même moment qui voit naître la propriété de l'enfant sur les biens qui lui adviennent, voit naître aussi l'usufruit paternel sur ces mêmes biens ; c'est que l'acquisition de l'usufruit pour le père est contemporaine et concomitante de l'acquisition de la propriété pour l'enfant ; et que le père doit avoir dès lors, pour le maintien du droit que la loi lui confère, la même action qui appartient à l'enfant.

Si une personne avait consenti un contrat de société universelle de tous biens présents et de tous gains, ses associés auraient sans doute le droit de demander de leur chef la nullité de la condition par laquelle un de ses ascendants aurait déclaré que les revenus de sa réserve n'entreraient pas dans la société (art. 1837).

Or, telle est précisément la position du père usufruitier légal ; il a droit aux fruits de tous les biens présents et futurs de ses enfants, de même que la société universelle a droit aux fruits de tous les biens présents

et futurs de chacun des associés ; et si l'auteur de la succession n'a pas pu imposer à la réserve une condition qui mettrait le réservataire dans l'impuissance de satisfaire à l'obligation conventionnelle par lui souscrite, il n'a pas pu davantage imposer une condition qui rendrait impossible l'exercice d'un droit établi par la loi elle-même au nom de l'enfant, qui ne doit pas être moins obligé en vertu de la loi, qu'il ne le serait en vertu d'une convention.

C'est par application de ces principes que l'article 581 du Code de procédure ne permet au testateur ou donateur de déclarer insaisissables que les sommes ou objets *disponibles*. Il ne serait donc pas vrai de dire que la condition d'insaisissabilité favorise le réservataire plutôt qu'elle ne diminue son droit. Elle le diminue certes, par cela même qu'elle altère le droit de pleine et libre disposition qui doit lui appartenir sur sa réserve.

J'ajoute enfin, en terminant, que nous devons nous féliciter de pouvoir atteindre juridiquement les conditions par lesquelles l'époux prémourant cherche à priver le survivant de la jouissance même de la réserve de ses enfants.

La loi a cru qu'il était bon et utile d'établir l'usufruit paternel ; elle l'a établi par des motifs d'équité et aussi d'intérêt général, afin de prévenir des comptes trop compliqués entre les père et mère et les enfants, etc. ; et elle ne doit pas dès lors tolérer que les biens qu'elle transmet elle-même, en soient affranchis ; elle ne doit pas permettre que cette condition, dictée par des ressentiments personnels de l'époux prémourant contre le survivant, perpétue entre celui-ci et ses enfants les mêmes sentiments de mésintelligence et de discorde.

L'article 387 a cru devoir, il est vrai, autoriser cette

condition pour les biens donnés ou légués ; mais la réserve n'est ni *donnée* ni *léguée ;* elle est conférée au réservataire par la loi elle-même (Cass., 11 novembre 1828, Legay, 1829, I, 6 ; Toullier, t. II, n° 1067 ; Delvincourt, t. I, p. 93, note 6 ; Duranton, t. III, n° 376 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 609, 610 ; Massé et Vergé, t. I, p. 371 ; Marcadé, t. II, art. 387, n° 2 ; Vazeille, *du Mariage*, t. II, n° 447 ; Taulier, t. I, p. 500 ; Proudhon, t. II, p. 263, et *Traité de l'Usufruit*, t. I, n° 152 ; Allemand, *du Mariage*, t. II, n° 1121).

Nous pouvons, en outre, invoquer aujourd'hui l'autorité considérable de notre savant collègue, M. Valette, qui après avoir d'abord enseigné la doctrine contraire (sur Proudhon, p. 263, 264), vient de se rallier à celle-ci (dans son *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 216, n° 4).

514. — Toullier (*loc. cit.*) excepte de cette solution le cas où la réserve aurait été transmise à l'enfant par une donation entre-vifs, par exemple, par un acte de partage anticipé (art. 1075).

Si le père lui-même avait accepté cette donation, au nom de l'enfant donataire, sans protester contre la condition qui lui enlevait l'usufruit des biens donnés, cette acceptation devrait, suivant cet auteur, être considérée comme une renonciation tacite de sa part.

Mais cette exception même me paraît contestable.

La réserve, en effet, ne s'ouvre que par la mort de celui dans la succession duquel elle doit être recueillie, et dont elle est une portion. Jusqu'à cette époque, il n'existe ni réserve ni action en réduction. Telle est la règle (nous verrons plus tard si cette règle est applicable aux partages d'ascendants ; cette question incidente nous entraînerait ici trop loin).

Donc, on ne peut pas dire que le père, en acceptant la donation entre-vifs faite à son enfant, ait renoncé à

ce droit, qui n'était pas encore ouvert; et il paraît dès lors importer peu qu'il ait ou qu'il n'ait pas protesté contre la condition qui lui enlevait l'usufruit des biens donnés. Toute renonciation quelconque à un droit dans une succession future n'est-elle pas interdite? Les réserves ou protestations alors ne sont-elles pas de droit? (Art. 791 ; 1130, Vazeille, *loc. supra cit.*)

515. — La prohibition de l'usufruit paternel peut être dirigée soit contre le père et la mère sans distinction, soit contre l'un d'eux seulement.

Si la condition ne s'applique qu'au père, la mère, après lui, jouira des biens donnés ou légués comme de tous les autres biens de l'enfant.

Si la condition ne s'applique qu'à la mère, le père en jouira de suite; et l'effet de la prohibition ne commencera que lorsque l'usufruit sera dévolu à la mère.

N° 3. — *Des biens d'une succession dévolue à l'enfant, par suite de l'indignité de son père ou de sa mère, qui y était d'abord appelé.*

516. — Aux termes de l'article 730, le père ne peut, en aucun cas, réclamer sur les biens de la succession dont il a été déclaré indigne, l'usufruit que la loi accorde aux père et mère sur les biens de leurs enfants.

La loi a voulu assurer complétement les effets de l'indignité ; et elle n'a pas permis au père de jouir, même à tout autre titre que celui d'héritier, des biens de la succession dont il a été déclaré indigne (comp., notre *Traité des Successions*, t. I, n°s 293 et suiv.)

517. — Cette disposition est d'ailleurs applicable à la mère aussi bien qu'au père, lorsque c'est elle qui a été déclarée indigne.

Il n'y a aucun motif de différence entre l'un et l'au-

tre ; et si l'on invoquait, en sens contraire, la première partie de l'article 730, qui ne parle que du père, je répondrais par la dernière partie de l'article, qui comprend le père et la mère.

D'ailleurs, le père ayant, au premier rang, pendant le mariage, l'usufruit légal, il ne serait pas étonnant que la loi n'eût mentionné que lui ; et on ne devrait pas conclure de cela seul que la disposition ne serait pas applicable à la mère, lorsque l'usufruit lui adviendrait.

518. — Si la mère, seule héritière, avait été déclarée indigne, et si son mari avait été condamné, avec elle, comme complice du fait qui a produit son indignité, le père aurait-il néanmoins l'usufruit des biens de la succession recueillie par les enfants ?

Même question, en sens inverse : si le père seul était héritier, la mère, condamnée comme sa complice, aurait-elle, après lui, l'usufruit des biens de la succession ?

On pourrait dire :

L'indignité n'est prononcée que contre l'héritier appelé à recueillir la succession ; et la déchéance de l'usufruit légal est elle-même une peine de l'indignité ;

Or, l'époux, non héritier, n'a pas pu être et n'a pas été déclaré indigne d'une succession à laquelle il n'était pas appelé ;

Donc, l'article 730 ne lui est pas applicable.

Mais pourtant n'est-ce pas méconnaître le but essentiel de cet article ; et n'est-il pas clair que le législateur a voulu que celui des père et mère indistinctement, qui, à raison des biens de la succession, aurait commis un des faits qui peuvent entraîner une déclaration d'indignité, fût privé de l'usufruit de ces biens ? (Proudhon, *de l'Usufruit* t. I, n° 155 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 610).

519. — Dans le cas où le père seul aurait été déclaré indigne, pendant le mariage, la mère ne jouirait

néanmoins qu'après le mariage des biens de la succession recueillie par ses enfants.

C'est la conséquence d'une proposition que nous avons déjà établie (nos 482 et suiv.), et qui est ici d'autant plus applicable que le père conserve la puissance paternelle sur la personne des enfants et l'usufruit de leurs autres biens. Ajoutez que le but de l'article 730 ne serait pas atteint, si le père retrouvait, comme mari, la jouissance des biens que la loi veut lui enlever.

M. Allemand va même plus loin; et il met en question si la mère survivante aurait la jouissance légale des biens de la succession échue à l'enfant, et dont le père seul aurait été déclaré indigne pendant le mariage (*du Mariage et de ses effets*, t. II, n° 1124).

Mais les doutes, que le savant auteur exprime à cet égard, ne nous semblent pas fondés. Le père seul ayant été déclaré indigne, cette déchéance, cette peine ne saurait atteindre la mère, qui doit dès lors avoir la plénitude de son droit d'usufruit légal, du moment où il s'ouvre à son profit (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, *loc supra cit.*; Demante, t. II, n° 132 *bis*, I).

520. — La disposition de l'article 730 ne devrait pas être étendue au cas où les enfants n'auraient recueilli la succession d'abord dévolue au père ou à la mère que par suite de la renonciation de celui-ci.

Le texte même ne s'applique qu'au cas d'indignité; et ses motifs sont également étrangers à l'hypothèse de la renonciation.

On objecterait en vain que le père a renoncé à toute la succession, à tous ses droits sur la succession, et qu'il ne peut pas plus en réclamer l'usufruit qu'il ne pourrait, après avoir fait lui-même une donation entre-vifs à son enfant, réclamer l'usufruit du bien donné.

Le père a renoncé à tous ses droits à la succession ;— oui, comme héritier ; mais il n'a pas renoncé, comme père, à son droit d'usufruit sur tous les biens de son enfant.

La renonciation à une succession, en admettant même qu'elle soit faite par l'héritier du degré plus proche pour en faire profiter l'héritier appelé à la recueillir après lui, cette renonciation pourtant ne constitue pas, de tous points, une libéralité qu'on puisse considérer comme une donation entre-vifs qui aurait été faite directement.

Et puis enfin la question de savoir si le père, qui ferait directement une donation entre-vifs à son enfant, pourrait réclamer l'usufruit du bien donné, cette question elle-même peut être controversée.

Il faut en effet que la condition par laquelle l'usufruit paternel est écarté, soit expresse ; et il ne faudrait pas, je crois, supposer toujours que cette condition est inhérente nécessairement à toute donation faite par le père lui-même à son enfant. La solution pourrait dépendre des circonstances, des termes de l'acte, des motifs qui auraient porté le père à faire cette donation, etc. (Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 158.)

N° 4. — *Des biens compris dans un majorat.*

521. — Aux termes d'un avis du Conseil d'État du 30 janvier 1811, la jouissance légale des père et mère ne s'appliquait point aux biens compris dans un majorat; il devait être pourvu à l'administration et à l'emploi du revenu des biens, pendant la minorité des titulaires, conformément aux règles prescrites par le Code Napoléon à l'égard des biens désignés dans l'article 387 dudit Code (*voy.* la loi du 30 juin 1849).

§ III.

Quels droits confère l'usufruit paternel.

SOMMAIRE.

522. — L'usufruit paternel confère-t-il au père ou à la mère les mêmes droits que l'usufruit ordinaire?
523. — Suite.
524. — Lorsque l'usufruit paternel comprend des meubles qui, sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage, le père (ou la mère) usufruitier n'est-il tenu de les rendre, à la fin de sa jouissance, que dans l'état où ils se trouvent, et non détériorés par son dol ou par sa faute?
525. — Suite. — *Quid*, si l'enfant lui-même jouit de ces meubles avec et en même temps que son père?
526. — Dans le cas de l'article 453, le père ou la mère pourrait-il demander la réduction de l'estimation faite par l'expert, s'ils prétendaient qu'elle est excessive?
527. — L'usufruit paternel peut-il être aliéné, hypothéqué, exproprié?
528. — Quels sont les droits des créanciers de l'usufruitier paternel sur les revenus des biens de l'enfant?
529. — Suite.

522. — Notre titre ne renferme aucune disposition relative aux droits que confère l'usufruit paternel; et on en a conclu que cet usufruit confère les mêmes droits que l'usufruit ordinaire (Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 155).

L'usufruit est établi par la loi ou par la volonté de l'homme (art. 579); et l'usufruit légal est soumis aux mêmes règles, il attribue les mêmes droits que l'usufruit établi par le fait de l'homme. La différence d'origine n'entraîne, dans les droits, dans les charges, ou dans la durée de l'usufruit, d'autres différences que celles qui ont été spécialement écrites.

C'est ainsi que l'article 601, en dispensant de l'obligation de fournir caution, les père et mère ayant l'usufruit légal des biens de leurs enfants, suppose

par cela même qu'ils doivent remplir les autres obligations de l'usufruit, telles que celle de faire l'inventaire des meubles et de dresser l'état des immeubles.

C'est ainsi que l'article 385, 1° en déclarant que les charges de l'usufruit légal sont *celles auxquelles sont tenus les usufruitiers*, suppose que les droits qui en résultent, sont aussi ceux des usufruitiers; car la réciprocité est logique et équitable.

Il est vrai que l'usufruit légal ne dure pas pendant toute la vie du père ou de la mère, et qu'il finit lorsque l'enfant a un certain âge. Mais cette objection ne prouve rien, puisque l'usufruit ordinaire lui-même peut être établi suivant toute espèce de modalité et de condition, *ou purement ou à certain jour*, etc. (art. 580).

523. — Cette appréciation du caractère juridique de la jouissance légale des père et mère a été enseignée; et on peut dire qu'à certains égards, elle ne manque pas d'exactitude.

Mais il ne faut pas oublier pourtant que si cette jouissance constitue un droit d'usufruit, c'est néanmoins un usufruit d'une espèce particulière, et qui a ses règles spéciales.

Aussi ne voudrais-je pas poser, en principe, que l'usufruit légal confère absolument les mêmes droits que l'usufruit ordinaire.

524. — Ainsi, par exemple, lorsqu'un usufruit ordinaire comprend des choses qui, sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage, comme du linge, des meubles meublants, le droit de l'usufruitier ordinaire est certain; et l'article 589 l'exprime très-nettement en ces termes :

« L'usufruitier a le droit de s'en servir pour l'usage « auquel elles sont destinées, et n'est obligé de les

« rendre à la fin de l'usufruit que dans l'état où elles « se trouvent, non détériorées par son dol ou par sa « faute. »

Eh bien! je demande si l'usufruit paternel confère alors le même droit.

Voici comment s'exprime, en ce qui le concerne, l'article 453 :

« Les père et mère, tant qu'ils ont la jouissance « propre et légale des biens du mineur, sont dispensés « de vendre les meubles, s'ils préfèrent de les garder « pour les remettre en nature.

« Dans ce cas, ils en feront faire, à leurs frais, une « estimation à juste valeur par un expert qui sera « nommé par le subrogé tuteur et qui prêtera serment « devant le juge de paix. Ils rendront la valeur estima- « tive de ceux des meubles qu'ils ne pourraient repré- « senter en nature. »

De cet article, il résulte qu'à la différence du tuteur ordinaire, qui est obligé de faire vendre tous les meubles du mineur autres que ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à conserver en nature (art. 452), les père et mère ont, au contraire, le choix : ou de les conserver, ou de les faire vendre; choix fondé sur leur droit de jouissance *propre,* suivant l'article 453, c'est-à-dire sur la jouissance qui leur appartient à eux directement et personnellement sur ces meubles.

Supposons donc que le père (ou la mère) a préféré de garder les meubles en nature, et que l'estimation en a été faite d'après les formes requises.

Notre question est maintenant celle-ci :

Pourra-t-il, comme un usufruitier ordinaire, rendre les meubles, à la fin de son usufruit légal, dans l'état où ils se trouveront alors, non détériorés par son dol ou par sa faute?

Ou bien au contraire, la détérioration de ces meu-

bles, même par le seul effet du temps et de l'usage, ne doit-elle pas retomber sur lui ?

Et si ces meubles se trouvent dans un tel état de vétusté et de délabrement qu'ils soient hors de service, même sans sa faute, ne doit-il pas rendre le montant de l'estimation qui en a été faite ?

Pour soutenir que le droit de l'usufruitier paternel est ici le même que celui de l'usufruitier ordinaire et qu'il lui suffit de rendre les meubles dans l'état, quel qu'il soit, où ils se trouvent, on peut raisonner ainsi :

1° Les père et mère ont *la jouissance propre* (dit l'article 453), *l'usufruit légal* (dit l'article 601), des biens meubles et immeubles de leurs enfants ; et par conséquent les dispositions qui déterminent les droits de l'usufruitier leur sont applicables ;

Or, l'article 589 est, à cet égard, formel ; le principe qu'il consacre est tellement général, qu'il se retrouve partout où la loi règle le droit de l'usufruitier sur des meubles semblables : tels sont les articles 950 et 1566 ; tel est aussi l'article 453 lui-même ;

Donc, il suffit au père ou à la mère de restituer les meubles dans l'état où ils se trouvent, dès qu'aucune faute ne leur est imputable.

2° Autrement il ne serait pas vrai de dire qu'ils ont le droit de jouir des meubles de leurs enfants.

En effet, celui qui a le droit de jouir d'une chose ne saurait être responsable de la détérioration qui résulte du seul effet de sa jouissance ; car il n'a fait qu'user de son droit. L'article 1884 fait l'application de ce principe à l'emprunteur à usage, au commodataire lui-même, qui ne jouit pourtant qu'en vertu d'un acte d'obligeance purement gratuite (art. 1876 ; Valette sur Proudhon, t. II, p. 374, note 6 ; et *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 244-247 ; Demante, t. II, n° 211 *bis*, III).

Je crois néanmoins que cette solution ne doit pas être adoptée, et je vais essayer de le prouver :

Soit d'après les textes mêmes ;

Soit d'après les traditions de notre ancien droit coutumier, que ces textes ont voulu sans doute reproduire ;

Soit enfin d'après les principes du droit et de l'équité, dont ils sont l'intelligente expression.

1° Je remarque d'abord une différence de rédaction très-significative entre l'article 453 d'une part, et les articles 589, 950, 1063, et 1566 d'autre part.

Ces quatre derniers articles déclarent dans des termes presque absolument pareils, que :

« L'usufruitier n'est obligé de rendre les choses *que* « *dans l'état où elles se trouvent*, non détériorées par son « dol ou par sa faute.... » (Art 589.)

Que le nu-propriétaire « sera tenu à l'expiration de « l'usufruit, de prendre les effets donnés, qui se « trouvent en nature, *dans l'état où ils seront....* » (Art. 950.)

Que « les meubles meublants et autres choses mo- « bilières qui auraient été compris dans la disposition, « à la charge de les conserver en nature, seront *rendus* « *dans l'état où ils se trouveront* lors de la restitution. » (Art. 1063.)

Que « si les meubles, dont la propriété reste à la « femme, ont dépéri par l'usage et sans la faute du « mari, il ne sera tenu de rendre *que ceux qui resteront, et dans l'état où ils se trouveront.* » (Art. 1566.)

Bien différent est l'article 453 !

On n'y trouve nullement cette formule.

Aux termes de l'article 453, les père et mère qui, au lieu de faire vendre les meubles, ont mieux aimé les garder, sont tenus *de les remettre en nature.*

Le texte s'arrête là cette fois.

Il n'ajoute pas, comme il n'a pas manqué de le faire dans tous les autres cas d'usufruit, qu'ils les remettront *dans l'état où ils se trouveront.*

Ce contraste est manifeste; la différence de rédaction est trop marquée pour n'être pas intentionnelle; et il est impossible, dès lors, que l'article 453, rédigé d'une façon si distincte et si spéciale, n'ait pas en effet un sens très-spécial et très-distinct.

Or, voici ce qui me paraît en résulter :

L'estimation, qui est faite des meubles, sur lesquels l'usufruit légal s'établit, cette estimation ne vaut pas vente; et la propriété n'en est pas transmise au père ou à la mère, puisqu'au contraire ils doivent les remettre en nature.

Aussi cette obligation-là, l'obligation de *remettre les meubles en nature*, la loi la leur impose impérativement, absolument sans restriction, sans distinction aucune.

C'est-à-dire que la loi met ces meubles à leurs risques :

C'est pour eux qu'ils périssent même par cas fortuit;

C'est pour eux qu'ils se dégradent, qu'ils tombent en pièces ou en morceaux, même par le seul effet de l'usage ou de la vétusté.

Je dirais presque, s'il était permis d'établir une assimilation entre des sujets si dissemblables, que cet usufruit légal ressemble alors à une espèce de *cheptel* (comp. les articles 1822 et 1825).

La perte même par cas fortuit est, dis-je, au compte de l'usufruitier paternel; car, aux termes de l'article 453, il doit nécessairement et absolument remettre :

Soit les meubles en nature;

Soit la valeur estimative.

Les dégradations ou détériorations qui, par quel-

que cause que ce soit, ont mis les meubles hors de service, sont, dis-je encore, au compte de l'usufruitier paternel; car il doit remettre *les meubles en nature.*

Or, ce ne serait pas remettre *des meubles en nature* que de remettre des lambeaux, des débris de meubles.

Ces mots : *meubles en nature*, sans aucune autre addition ni modification, ont ici une acception technique, un sens scientifique; ils signifient des meubles propres encore à l'usage auquel ils sont destinés *d'après leur nature;* ce qui veut dire, pour nous jurisconsultes, *d'après leur forme caractéristique;* car nous n'apprécions pas, en droit, les choses d'après leurs éléments physiques et matériels; nous ne détaillons pas, nous n'analysons pas ces éléments. Dans une calèche nous ne voyons pas du bois, du fer, du cuir; nous voyons une calèche, c'est-à-dire un certain être d'une forme déterminée, destiné à un certain usage.

Voilà, pour nous, l'objet en nature.

Or, rendre du bois, du fer, du cuir, ce n'est pas rendre une calèche; ce n'est pas rendre l'objet lui-même en nature; ce n'est pas rendre, enfin, l'objet qu'on a reçu.

Aussi l'article 453 n'ajoute-t-il pas qu'il suffit de rendre les meubles *dans l'état où ils se trouvent.*

On peut objecter, je le sais, que ces mots : *en nature*, se trouvent aussi dans les articles 950 et 1063, et qu'ils n'empêchent pas que la perte des meubles par cas fortuit ou les détériorations résultant du temps et de l'usage, ne soient, dans les hypothèses prévues par ces articles, au compte de celui auquel la restitution des meubles doit être faite.

Et en effet, dira-t-on, qui soutiendrait que le donateur de la nue propriété, avec réserve d'usufruit, doit être traité plus durement qu'un usufruitier ordinaire?

Aussi l'article 950, qui déclare que le donataire sera tenu, à l'expiration de l'usufruit, de prendre les effets donnés *qui se trouveront en nature*, ajoute-t-il de suite ces mots : *dans l'état où ils seront*.

Donc, les mots : *en nature*, n'expriment pas l'idée d'une obligation absolue et inévitable de restitution; donc celui-là même, qui doit rendre les meubles *en nature*, peut être libéré même par la perte fortuite de ces meubles et n'être pas responsable des détériorations résultant du temps et de l'usage.

Je réponds d'abord que ces mots : *en nature*, ne sont pas écrits dans l'article 589, au siége même de la matière de l'usufruit. Ils se trouvent, il est vrai, dans les articles 950 et 1063; mais ils n'y sont pas seuls; et l'addition même, qui les accompagne, leur ôte leur acception propre, et témoignent que le législateur a entendu se référer aux règles ordinaires de l'usufruit. Je reconnais que cela est évident, en effet, pour le cas de l'article 950; et je ne prétends pas invoquer la maxime: *donner et retenir ne vaut*, pour imposer ici au donataire de la nue propriété des règles exceptionnelles sur l'usufruit qu'il s'est réservé. (Quant à l'article 1063, il règle non pas un droit d'usufruit, mais le droit d'un grevé de substitution.)

Mais l'article 453 est, je le répète, tout autrement conçu !

Il ne dit pas que les enfants *prendront les meubles dans l'état où ils se trouveront*.

C'est au père ou à la mère, c'est à l'usufruitier légal lui-même qu'il s'adresse ; et, par deux fois, il lui déclare qu'il aura à *remettre les meubles en nature*.... qu'il aura *à les représenter en nature*, pour n'être pas forcé d'en payer la valeur estimative.

Et ces mots : *en nature*, sont là tout seuls, sans aucune addition ni restriction; circonstance qui ne se

rencontre dans aucun des autres articles, et qui ne saurait être l'effet du hasard; car nous croyons pouvoir établir que cette différence dans les textes est au contraire très-rationnelle et très-équitable.

Voilà pour les textes; voilà l'usufruit paternel tel que les textes l'ont établi.

2° Je dis, en second lieu, que ces textes, conformes aux traditions des provinces coutumières en matière de garde noble, sont l'expression d'une théorie équitable, quoiqu'elle puisse paraître, à première vue, rigoureuse.

Le législateur a bien voulu accorder aux père et mère la jouissance des biens de leurs enfants;

Mais il n'a pas voulu, il n'a pas pu vouloir que cette jouissance eût, en aucun cas, pour résultat d'absorber et de détruire la propriété elle-même des biens au détriment des enfants.

Tels étaient, en matière de garde, les anciens principes :

« La jouissance du gardien, dit Bourjon, embrasse les meubles appartenant au mineur; mais *comme sa jouissance ne doit pas diminuer le fonds*, il est obligé de faire faire la vente des meubles, et la jouissance se réduit à jouir du prix d'iceux. » (*Droit commun de la France*, t. I, p. 835; comp. aussi *Nouveau Denizart*, t. VI, v° *Don mutuel*, § 11, n° 5, et Pothier, *Traité des Donations*, part. II, chap. v, art. 1, n° 216.)

Or, l'usufruit sur des choses qui se détériorent et se dégradent par l'effet de l'usage et du temps, aurait eu le plus souvent pour résultat *de diminuer le fonds*, ou plutôt de détruire et d'absorber la propriété elle-même des biens.

Donc, le législateur a dû le modifier, en ce qui concerne l'usufruit paternel.

Et voilà précisément ce qu'il a fait, adoptant en ce

point comme en beaucoup d'autres, le principe de l'ancienne garde noble.

Il a donc dit aux père et mère :

Régulièrement, ces meubles-là devraient être vendus (art. 452); et si la vente avait lieu, l'enfant ne courrait aucun risque ni de dégradation, ni de perte par cas fortuit ou autrement; au contraire, ces meubles stériles et périssables seraient convertis en un capital productif et permanent.

Néanmoins, je vous autorise à ne pas les vendre, si vous préférez les garder; mais je ne vous y autorise que sous la condition que le droit de l'enfant, que le fonds même, que le capital même de son droit ne sera pas compromis.

Vous avez donc le choix :

Ou de vendre ces meubles pour en restituer le prix;

Ou de les garder pour *les remettre en nature.*

Ce choix, notons-le bien, l'usufruitier ordinaire ne l'a pas!

Non-seulement l'usufruitier ordinaire peut, mais il doit conserver les meubles en nature; et on comprend alors qu'il ne doive les rendre que *dans l'état où ils se trouveront* (comp. même les articles 602 et 603).

Mais si les père et mère au contraire conservent les meubles en nature, c'est qu'ils l'ont bien voulu !

Qu'ils ne se plaignent donc pas des conséquences d'une option, qu'ils ont volontairement faite.

Ces conséquences, très-justes dans l'intérêt de l'enfant, à qui elles assurent la conservation de son bien, n'ont rien d'injuste contre le père ou la mère qui peut ne pas s'y exposer.

Autrement, le droit de l'enfant dépendrait donc de cette option toute facultative de la part des père et mère; et, suivant qu'ils auraient préféré vendre les meubles ou les conserver, l'enfant aurait certainement

plus tard la valeur estimative, ou n'aurait au contraire que des débris sans valeur aucune!

Cela ne serait ni logique ni équitable.

Il ne faut pas organiser la puissance paternelle de telle sorte que ce soit un malheur pour l'enfant de voir ses biens entre les mains de son père ou de sa mère.

Tout autre tuteur en conserverait le capital et les revenus.

Donnez les revenus au père ou à la mère, soit!

Mais conservez du moins, conservez toujours le capital.

Comment! voilà un enfant de six mois à qui on a légué des meubles, parmi lesquels se trouvent un cheval, une voiture, du linge de table ou de corps, qui n'est déjà plus neuf, etc.;

Et la loi dirait au père qu'il peut se servir de ce cheval, de cette voiture, de ce linge pendant près de dix-huit ans, et qu'il en sera quitte pour les rendre *dans l'état où ils se trouveront alors!*

Mais il ne rendrait que le cuir! il ne rendrait que des débris et des morceaux!

Non, cela ne devait pas être.

Telle est la théorie qui me paraît la plus juridique (*voy.* Proudhon, *de l'Usufruit*, t. V, n°s 2640-2642; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 451, et t. IV, p. 617, 618).

525. — Que si elle paraissait trop absolue, ne pourrait-on pas y faire un amendement, en ce sens que si les père et mère jouissaient des meubles de l'enfant, avec lui et en même temps que lui, ils ne devraient pas répondre alors de la détérioration qui pourrait atteindre ces meubles?

Ainsi, par exemple, le fils habite la maison paternelle; il a seize ou dix-sept ans, et il se sert lui-même de ce cheval, de cette voiture qui sont les siens.

Ne serait-il pas injuste, dans ce cas, de mettre ces meubles absolument aux risques du père ou de la mère usufruitier?

En fait, sans doute, la doctrine qui mettrait alors au compte de l'enfant la détérioration ou la perte, pourrait ici paraître moins dure.

Mais, en droit, où est la raison de différence?

N'est-ce pas toujours le père ou la mère qui est usufruitier?

N'a-t-il pas seul le droit de jouir? N'a-t-il pas été libre de vendre les meubles?

Enfin, n'est-ce pas toujours l'article 453 qui est applicable?

526. — Proudhon paraît penser que le père ou la mère ne pourrait pas, dans le cas de l'article 453, demander la réduction de l'estimation faite par l'expert, s'ils prétendaient qu'elle est excessive (*de l'Usufruit*, t. V. n° 2643).

Ils sont libres, dit-il, de les faire vendre.

Il est vrai; mais ils ont aussi le droit de les garder; et ce droit ne saurait leur être enlevé indirectement par l'exagération de l'estimation (*voy.* notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. I, n° 576).

527. — D'après l'article 595, l'usufruitier peut jouir par lui-même..., ou vendre, ou céder son droit à titre gratuit.

Et, par conséquent, l'usufruit peut être aussi hypothéqué (art. 2118) et exproprié (art. 2204).

Ces principes-là sont certains pour l'usufruit ordinaire, puisque les textes eux-mêmes les formulent.

Mais sont-ils applicables à l'usufruit paternel?

Le père pourrait-il vendre ou hypothéquer l'usufruit légal, le droit lui-même d'usufruit sur tel ou tel immeuble de son enfant? (*Voy.* art. 595, 2118, 2204.)

Ses créanciers pourraient-ils le saisir et le faire vendre?

Proudhon professe l'affirmative, assimilant, même en ce point, l'usufruit paternel à un usufruit véritable (t. I, nos 125 et 221; ajoutez aussi Duvergier, *de la Vente*, t. I, n° 213).

Je vais dire pourquoi la solution contraire me paraît infiniment plus juridique et préférable :

1° La puissance paternelle ne saurait être l'objet d'aucune cession, d'aucune délégation de la part du père ou de la mère (art. 6);

Or, l'usufruit paternel en est un attribut, il en est une dépendance et un accessoire ;

Donc, il ne saurait non plus être l'objet d'aucune cession ni volontaire ni forcée.

2° Le père est, en même temps qu'usufruitier, administrateur des biens de ses enfants.

« Le père, dit l'article 389, est, pendant le mariage, « administrateur des biens personnels de ses enfants « mineurs.

« Il est comptable, quant à la propriété et aux reve- « nus, des biens dont il n'a pas la jouissance; et, quant « à la propriété seulement, de ceux des biens dont la « loi lui donne l'usufruit. »

Ainsi la disposition principale de cet article, qui constitue le père administrateur, comprend tous les biens de l'enfant, ceux dont il n'a pas, comme ceux dont il a l'usufruit. La différence faite par la fin de l'article, entre les uns et les autres, ne s'applique qu'au compte des revenus.

Après la dissolution du mariage, régulièrement le survivant est encore chargé, en qualité de tuteur, de cette administration (art. 390) ; et ce n'est qu'exceptionnellement que l'usufruit paternel est séparé de l'administration, lorsque l'usufruitier n'est pas tuteur.

Or le père ou la mère ne pourrait pas remplir convenablement et efficacement ses devoirs d'administrateur, si son usufruit légal avait été transmis à un tiers. Ce tiers, auquel l'usufruit appartiendrait, pourrait s'opposer aux changements, aux améliorations que le père aurait peut-être faites, si son pouvoir d'administration fût demeuré libre.

L'administration des biens de l'enfant n'est pas, il est vrai, un attribut essentiel de la puissance paternelle, en ce sens qu'il n'est pas impossible qu'un autre que le père en soit chargé. Mais ce n'est pas à dire que le père puisse, de sa seule volonté, la délaisser, ni surtout la transmettre à qui bon lui semble, par une aliénation d'usufruit, qui la dénaturerait ou plutôt qui la détruirait, puisqu'il n'y aurait plus, vraiment, ensuite une administration légale, c'est-à-dire une administration établie et agissant au nom et dans l'intérêt de l'enfant lui-même.

3° Les charges, d'ailleurs, auxquelles l'usufruit paternel est soumis, sont de telle nature, qu'elles s'opposent à toute aliénation volontaire ou forcée de cet usufruit.

La nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants, voilà, en effet, l'une des charges les plus notables et les plus essentielles (art. 385-2°).

Or, précisément, l'importance des dépenses nécessaires pour y faire face, n'a rien de fixe, ni de déterminé, ni d'absolu. Rien, au contraire, n'est plus incertain, plus variable, plus relatif que cette question-là, que la question de savoir comment il convient d'élever tel ou tel enfant. Elle dépend non-seulement de l'importance de ses revenus, de sa position sociale, de son âge, de sa santé, mais encore de son intelligence, de ses dispositions. C'est le père (ou la mère) qui est chargé d'apprécier toutes ces circonstances; il en doit toujours être le libre et souverain juge;

Or cette liberté lui serait enlevée, si l'usufruit n'était plus dans ses mains.

De deux choses l'une, en effet :

Ou le tiers, acquéreur ou adjudicataire de cet usufruit, devrait subir toutes les décisions du père sur ce point; et en vérité il serait alors à sa merci, et pourrait se voir ainsi enlever tous les revenus;

Ou le tiers serait fondé à contester les dépenses que le père ferait pour l'entretien et l'éducation de ses enfants; et alors le père serait enchaîné dans l'exercice de son droit ou plutôt de son devoir d'éducation; il n'aurait plus la liberté d'employer les revenus, de les employer même en totalité, comme il serait quelquefois utile de le faire, pour développer, par une éducation brillante, les heureuses dispositions de son enfant, ou même pour sauver, par de grands sacrifices, son existence menacée par la maladie.

4° Voyez aussi sous un autre rapport, combien cet usufruit paternel est peu susceptible de devenir l'objet d'une aliénation au profit d'un tiers.

Combien, en effet, serait-il peu solide sur sa tête?

Par sa nature même d'abord, il est affecté de deux chances d'extinction pour une; car c'est un usufruit qui s'éteint non-seulement par la mort de l'usufruitier, mais encore par la mort du propriétaire!

Et puis, le père n'a-t-il pas toujours le droit d'émanciper son enfant? Ce droit, il ne peut pas le perdre! (*infra*, n° 594.) L'acquéreur de l'usufruit serait donc toujours, de la sorte, à sa discrétion!

5° Enfin, la solution que je propose me paraît être la conséquence du caractère même de la jouissance que la loi accorde aux père et mère sur les biens de leurs enfants.

Cette jouissance, en effet, ne constitue pas un véritable usufruit, dans le sens exact et rigoureux de ce mot;

Ou du moins n'est-ce qu'un usufruit *sui generis*, et tout à fait spécial, que l'on pourrait comparer, sous beaucoup de rapports, à l'usufruit, que les conventions matrimoniales attribuent au mari sur les biens de sa femme (art. 1401, 1409-4°; 1549, 1562).

Il est vrai que le droit romain attribuait au père de famille, sur les biens composant le pécule adventice, un véritable usufruit, qui ne s'éteignait que par la mort du père lui-même.

Mais nos législateurs n'ont pas adopté ces principes; ils n'ont pas voulu démembrer, fractionner la propriété même de l'enfant, et la grever d'un droit d'usufruit dans toute l'étendue juridique de ce mot.

Aussi n'est-il pas dû de droit de mutation. Voici les termes de la loi des 29 septembre, 6 octobre 1791 (addition à l'article 2 de la loi du 19 décembre 1790) :

« Les pères qui viendront à l'administration et jouissance, que quelques coutumes leur donnent des biens appartenant aux enfants mineurs non émancipés, en vertu de la simple puissance paternelle, ne devront aucun droit. » (Cass., 15 juin 1842, l'administration de l'enregistrement C. Cassoulet, Dev., 1842, I, 695; délibération de l'administration de l'enregistrement du 20 juin 1828; Championnière et Rigaud, *des Droits d'enregist.*, n° 2482; *voy.* aussi Merlin, *Quest. de droit*, t, V, v° *Séparation de biens*, § 6, p. 645).

La loi a dit seulement au père :

Vous administrerez, vous prélèverez sur les revenus les dépenses d'entretien et d'éducation de l'enfant, les frais d'administration et toutes les autres charges des fruits; puis, après cela, le reliquat, le boni sera pour vous.

Telle est, suivant moi, la véritable théorie du Code Napoléon, théorie certainement meilleure et plus sage.

Aussi est-il remarquable que dans notre titre même qui institue ce droit de jouissance au profit des père et mère, la qualification d'usufruit ne lui est pas même donnée; et si plus tard, dans le titre *de l'Usufruit* (art. 601) et *de la Tutelle* (art. 389), la jouissance légale est appelée du nom d'usufruit, c'est seulement à raison de sa similitude et de son affinité avec ce droit; c'est même, si l'on veut, parce qu'elle est effectivement aussi une espèce d'usufruit, mais une espèce, je le répète, toute spéciale.

On n'en saurait donc conclure que cet usufruit confère au père ou à la mère absolument les mêmes droits que l'usufruit en général.

Au contraire, il faut en excepter les droits, qui sont évidemment inconciliables avec son caractère propre et avec les obligations particulières qu'elle impose; or je crois avoir prouvé que dans ce nombre il faut ranger le droit d'aliéner, ou d'hypothéquer la jouissance légale (Duranton, t. III, n° 403 *bis*, et t. IV, n° 486; Valette sur Proudhon, t. II, p. 267; Demangeat, *Revue de droit français et étranger*, 1845, p. 674; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 613, 614; Demante, t. II, n° 129 *bis*, II).

528. — Sans doute les créanciers personnels du père ont le droit de faire des saisies-arrêts entre les mains des locataires, des fermiers, des débiteurs d'intérêts et d'arrérages des biens appartenant aux enfants.

Ils peuvent également pratiquer des saisies-exécutions sur les fruits coupés, ou des saisies-brandons sur les fruits pendants par branches ou par racines.

Car la jouissance appartient au père; et les fruits, dès lors, sont, comme ses autres biens, le gage de tous ses créanciers.

Mais il ne saurait y avoir, entre eux, aucun droit de préférence pour cause d'hypothèque.

Et, en outre, ils ne pourront, bien entendu, se faire

payer sur ces fruits ou intérêts, que déduction préalablement faite des frais, que leur débiteur lui-même doit, avant tout, payer, et particulièrement des frais de nourriture, d'entretien et d'éducation des enfants. Car ils n'ont pas plus de droits que leur débiteur lui-même (art. 1166, 2092; comp. Paris, 19 mars 1823, Fischer, Sirey, 1825, II, 323; Colmar, 27 janvier 1835, Bœckel, D., 1835, II, 106; Bordeaux, 19 juin 1849, Juzeaud; et Lyon, 1849 (rapporté sans date), Demolin, Dev., 1849, II, 681, 682; Douai, 4 mars 1859, Bail, Dev., 1859, II, 346; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, nos 219 et 220; Magnin, *des Minorités*, t. I, 283; Chardon, n° 109; Marcadé, art. 385, n° 2; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 613).

529. — Si les créanciers prétendaient que le père, leur débiteur, veut prélever, pour ces frais, une somme excessive, et telle, qu'il est évident qu'il ne l'emploiera pas à cette destination, ce serait une question de fait à décider suivant les circonstances.

J'ai dit, il est vrai, que le père doit en général demeurer libre et souverain appréciateur des dépenses plus ou moins considérables qu'il convient de faire pour l'entretien et l'éducation de ses enfants (*supra*, n° 527).

Ce principe me paraît toujours exact; mais il ne faut pourtant pas en abuser, de manière à se jouer, d'une manière évidemment frauduleuse, des saisies-arrêts ou autres voies d'exécution, qui auraient été légitimement pratiquées sur les revenus des biens de l'enfant par les créanciers du père usufruitier légal.

§ IV.

Quelles charges sont imposées à l'usufruit paternel.

SOMMAIRE.

530. — L'article 385 impose quatre espèces de charges à l'usufruit paternel.
531. — 1° L'usufruitier paternel doit acquitter les charges auxquelles sont tenus les usufruitiers.
532. — Quelles sont ces charges? — Renvoi. — Les unes doivent être remplies par l'usufruitier au moment où son usufruit s'établit sur les biens ; les autres pendant son exercice.
533. — A. Quelles sont les obligations à remplir au moment où l'usufruit paternel s'établit? — Le père (ou la mère) usufruitier légal est dispensé de fournir caution.
534. — Ne pourrait-on pas néanmoins pourvoir à la garantie des enfants, si l'état des affaires du père était tel, que leurs biens fussent en péril? — Renvoi.
535. — B. Quelles sont les obligations à remplir pendant la durée de l'usufruit? — De l'obligation de jouir en bon père de famille.
536. — Les charges usufructuaires, dont le père est tenu, ne sont que celles des biens de ses enfants dont il a effectivement l'usufruit.
537. — Observation sur le n° 1 de l'article 385.
538. — 2° Les charges de l'usufruit paternel sont : la nourriture, l'entretien, et l'éducation des enfants, selon leur fortune. — Pourquoi l'article 385 impose-t-il au père ou à la mère, en leur qualité d'usufruitier légal, cette obligation que l'article 203 leur a déjà imposée en leur qualité même de père et de mère?
539. — Suite.
540. — Suite.
541. — Suite.
542. — Suite.
543. — 3° l'article 385 met à la charge de l'usufruit paternel le payement des arrérages ou intérêts des capitaux. — S'agit-il des intérêts ou arrérages qui étaient déjà dus au moment où l'usufruit a commencé. — Opinion pour la négative.
544. — Suite. — Opinion pour l'affirmative.
545. — Le n° 3 de l'article 385 s'applique-t-il : 1° aux arrérages des rentes dites autrefois *foncières?* — 2° aux arrérages des rentes viagères?
546. — S'applique-t-il aux loyers et fermages déjà dus par la personne à laquelle l'enfant a succédé?
547. — 4° Enfin l'article 385 charge l'usufruitier paternel d'acquitter les frais funéraires et ceux de dernière maladie. — S'agit-il des

frais funéraires et de dernière maladie de l'enfant? ou des frais funéraires et de dernière maladie de la personne à laquelle l'enfant a succédé?

548. — Les frais de deuil de la veuve de celui auquel l'enfant a succédé, sont-ils compris dans l'expression : *frais funéraires*, employée par l'article 385-4°?

549. — De quelle manière l'usufruitier paternel est-il tenu des charges qui lui sont imposées?

550. — Suite.

551. — Le fait seul de l'acceptation de l'usufruit paternel oblige-t-il irrévocablement l'usufruitier à acquitter les charges que la loi lui impose, lors même qu'il renoncerait ensuite à son droit, ou que son usufruit viendrait à s'éteindre presque aussitôt après son ouverture? — Renvoi.

550. — L'article 385 est ainsi conçu :

« Les charges de cette jouissance seront :

« 1° Celles auxquelles sont tenus les usufruitiers;

« 2° La nourriture, l'entretien et l'éducation des « enfants, selon leur fortune;

« 3° Le payement des arrérages ou intérêts des ca- « pitaux;

« 4° Les frais funéraires et ceux de dernière ma- « ladie. »

Expliquons-nous sur chacune de ces charges de l'usufruit paternel.

551. — 1° La loi met d'abord au compte du père ou de la mère :

Les charges, auxquelles sont tenus les usufruitiers (art. 385-1°).

C'est qu'en effet la jouissance légale, sans être, de tous points, un véritable usufruit, a certainement, avec l'usufruit véritable, cette ressemblance qu'elle attribue au père tous les fruits;

Or, c'est précisément de ce motif que dérivent les charges qui sont imposées à l'usufruitier ordinaire.

552. — Ce n'est pas ici le lieu d'exposer ces charges (*voy.* livre II, tit. III).

Bornons-nous à dire que l'usufruitier a deux sortes d'obligations à remplir :

A. Les unes, au moment où son usufruit s'établit sur les biens ;

B. Les autres, pendant son exercice.

533. — A. C'est ainsi que l'usufruitier doit :

1° Faire dresser l'inventaire des meubles et l'état des immeubles soumis à l'usufruit ;

2° Donner caution de jouir en bon père de famille (art. 601).

Mais, en ce qui concerne l'usufruit paternel, l'article 601 ajoute :

« Cependant, les père et mère ayant l'usufruit légal « du bien de leurs enfants...., ne sont pas tenus de « donner caution. »

Cette dispense est fondée sur la qualité de l'usufruitier légal ; on a pensé sans doute que l'affection paternelle offrait assez de garanties, et que d'ailleurs la caution avait un caractère de défiance, que la loi elle-même ne devait pas imprimer aux rapports des enfants envers leurs père et mère (*voy.* aussi l'article 39 de la loi du 3 mai 1841, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, et l'article 1550 du Code Napoléon).

Cette dispense existe donc, et elle doit être en général respectée (*voy.* Toulouse, 25 février 1845, de Lautor, Dev., 1845, II, 582).

534. — Ne pourrait-on pas toutefois, dans certains cas, pourvoir à la garantie des enfants, si l'état des affaires du père était tel que leurs biens personnels fussent en péril ? (*infra*, n° 602.)

535. — B. C'est ainsi que l'usufruitier doit jouir en bon père de famille, et conserver la substance de la chose (art. 578, 601).

Telle est sa principale, je dirais presque son unique

obligation, celle dont toutes les autres ne sont que le développement et la conséquence.

Il acquittera donc toutes les impenses qu'un bon père de famille prélève sur les revenus : les contributions, les arrérages des rentes, les intérêts des capitaux, les pensions alimentaires ou viagères (art. 608, 610, 612).

Il fera les réparations d'entretien (art. 605-607).

En un mot, les revenus passifs sont à sa charge comme les revenus actifs à son profit;

Car les uns sont inséparables des autres;

Car il n'y a de fruits que déduction faite de toutes ces charges annuelles ou périodiques, que l'usage, la raison, la nécessité même des choses ont mises à la charge des fruits (*voy.* notre t. II, n° 127).

536. — Il est bien entendu au reste que les charges usufructuaires, dont il s'agit ici, ne sont que celles des biens dont le père a effectivement l'usufruit.

Il ne serait donc pas tenu de payer les impôts ou les frais de réparation et d'entretien de ceux des biens de ses enfants, dont il n'aurait pas la jouissance.

Ces charges pèsent sur les fruits; or les fruits, dans ce cas, appartiennent aux enfants; il faut bien dès lors qu'ils acquittent les charges qui en sont la déduction nécessaire.

Aussi l'article 267 de la coutume de Paris ne chargeait-il aussi le gardien que des dettes, arrérages de rentes et charges annuelles des héritages sujets à la garde (*Nouveau Denizart*, t. IX, v° *Garde noble*, § 12, n° 7).

537. — Remarquons que le premier numéro de l'article 385 impose à l'usufruit paternel les charges ordinaires de l'usufruit.

Pour donner un sens aux numéros suivants de cet article, il faudra donc y voir des charges spéciales qui

ne pèsent pas sur l'usufruit ordinaire, et qui affectent seulement l'usufruit paternel.

Nous allons tout à l'heure reconnaître l'importance de cette observation.

538. — 2° Les charges de l'usufruit paternel sont :

La nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants, selon leur fortune (art. 385-2°).

Mais, dira-t-on, l'article 203 a déjà déclaré que :

« Les époux contractent ensemble, par le fait seul « du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et « élever leurs enfants. »

Pourquoi donc reproduire une seconde fois cette disposition ? et qu'importe que l'auteur de l'enfant en soit tenu comme père, aux termes de l'article 203, ou comme usufruitier, aux termes de l'article 385 ?

Il importe beaucoup ! et la cause de l'une et de l'autre obligation n'est pas du tout, dans ces deux cas, la même, quoique M. Duranton paraisse les confondre (t. III, n° 308).

L'obligation imposée au père et à la mère par l'article 203 a pour cause la procréation de l'enfant et leur qualité de père et de mère.

L'obligation imposée à l'usufruitier légal par l'article 385 a pour cause l'usufruit lui-même, qui ne lui a été concédé par la loi que sous cette condition qu'il a tacitement acceptée. Cette cause a quelque chose de contractuel ; c'est une sorte de traité à forfait entre la loi et l'usufruitier (*voy.* notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n°s 11, 12).

539 — Et de là les différences suivantes :

1° En vertu de l'article 203, les père et mère ne sont tenus de nourrir et d'élever leur enfant que selon leur fortune personnelle (art. 208).

Au contraire, en vertu de l'article 385, l'usufruitier

légal est tenu de nourrir et d'élever ses enfants, *selon leur fortune*, à eux-mêmes.

540. — 2° En vertu de l'article 203, les père et mère ne sont tenus de payer *de suo* les frais d'entretien et d'éducation, qu'autant que les enfants n'ont pas eux-mêmes de biens personnels pour y satisfaire (art. 208, 209).

Au contraire, en vertu de l'article 385, l'usufruitier légal est toujours seul tenu de payer ces frais, lors même que les enfants auraient des biens personnels qui ne seraient pas compris dans son usufruit.

L'enfant, par exemple, gagne annuellement 2000 fr. par un travail séparé ; ou on lui a légué 100 000 fr. sous la condition que le père n'en jouira pas (art. 387).

Et les biens, dont le père jouit, ne sont que d'une valeur de 50 000 fr.

Eh bien ! le père n'en devra pas moins payer seul et intégralement les dépenses de nourriture, d'entretien et d'éducation de son enfant.

Il objecterait en vain, suivant nous, que l'enfant ayant des revenus personnels, il n'est plus tenu de le nourrir et de l'élever à ses frais (comp. pourtant Demante, t. II, n° 130 *bis*, I).

Nous lui répondrons que sans doute il n'en est plus tenu comme père, aux termes de l'article 203; mais qu'il en est toujours tenu, et exclusivement tenu, comme usufruitier, aux termes de l'article 385-3°.

Cet article est en effet absolu ; il met, dans tous les cas, à la charge de l'usufruitier légal, tous les frais d'entretien, de nourriture et d'éducation de l'enfant, sans distinguer si cet enfant a ou n'a pas d'autres biens qui ne seraient point soumis à l'usufruit paternel ; au contraire, le Code Napoléon lui-même a prévu l'hypothèse où le père n'aurait pas la jouissance de certains biens; il a autorisé ces exceptions; mais il

n'a pas modifié, pour ce cas, la règle posée, dans les termes les plus généraux, par l'article 385.

L'usufruit paternel n'en est pas moins toujours un usufruit général, lors même que certains biens, par exception, n'y sont pas compris; son titre n'est pas, pour cela, modifié; il reste toujours un titre, un usufruit universel, toujours grevé dès lors absolument des mêmes charges.

C'est ainsi que Pothier enseignait autrefois que, lorsque l'enfant avait des biens situés dans le ressort des coutumes qui n'admettaient pas le droit de garde, et des biens au contraire situés dans le ressort des coutumes qui l'admettaient, le gardien n'en était pas moins obligé de supporter seul toutes les charges (coutume d'Orléans, Introd. au titre *des Fiefs*, n° 347; ajout. *Nouveau Denizart*, t. IX, v° *Garde noble*, § 9).

541. — 3° En vertu de l'article 203, le père et la mère sont également tenus des frais d'entretien et d'éducation de l'enfant.

Au contraire, en vertu de l'article 385, l'usufruitier légal en est seul tenu, du moins tant que les biens des enfants y suffisent; et l'époux non usufruitier se trouve ainsi libéré, en tout ou en partie, de l'obligation qui dérivait pour lui de l'article 203.

542. — 4° Enfin, en vertu de l'article 203, les enfants ne sauraient empêcher les créanciers personnels de leurs père et mère de saisir et faire vendre tous les biens de leur débiteur; ils ne seraient pas fondés à demander le prélèvement d'une somme quelconque pour faire face aux frais de leur entretien et de leur éducation (*voy.* notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 68, p. 87).

Au contraire, en vertu de l'article 385, les enfants (leur subrogé tuteur, ou, si le mariage existe encore, le père lui-même agissant en leur nom et en quelque

sorte *tutorio nomine*), peuvent demander que les saisies pratiquées par les créanciers personnels de l'usufruitier ne frappent les fruits de leur bien que déduction faite de la portion nécessaire pour satisfaire aux charges qui lui sont imposées; car ces charges affectent spécialement l'usufruit lui-même; elles sont, sous ce rapport, comme dit Proudhon, des *charges réelles;* et les créanciers qui ne sont que les ayants cause du débiteur, ne peuvent faire vendre ces fruits pour se payer qu'après avoir satisfait aux charges sous la condition desquelles seulement ces fruits appartiennent à leur débiteur (*supra*, n° 529; comparez sur les propositions qui précèdent : Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n°s 185-188; Zachariæ, Aubry et Rau., t. IV, p. 611; Massé et Vergé, t. I, p. 372; Valette sur Proudhon, t. II, p. 256, 257; Marcadé, t. II, art. 385, n° 2; Vazeille, *du Mariage*, t. II, n° 460, et notre *Traité* précité, t. II, n° 13).

543. — 3° L'article 385 met à la charge de l'usufruit paternel :

Le payement des arrérages ou intérêts des capitaux.

Mais de quels arrérages et de quels intérêts?

S'agit-il de ceux qui courront depuis l'ouverture de l'usufruit ou de ceux qui étaient déjà dus au moment où il a commencé?

Paul meurt après avoir institué l'enfant de Pierre son légataire universel.

Dans sa succession se trouve la dette d'un capital par lui emprunté, et qui produit 1000 fr. d'intérêts par an.

Il y a aussi une rente passive dont les arrérages sont de 2000 fr.

Paul n'était pas exact à payer; il doit deux ou trois années d'intérêts ou d'arrérages :

Est-ce l'enfant qui doit les supporter?

Est-ce l'usufruitier légal ?

Cette question est fort controversée.

C'est l'enfant a-t-on répondu :

1° Les intérêts et arrérages passifs sont des charges corrélatives aux intérêts et arrérages actifs sur lesquels ils se prélèvent et s'acquittent; les uns sont dus jour par jour par le débiteur, comme les autres sont acquis jour par jour par le créancier (art. 586);

Or, avant l'ouverture de sa jouissance sur ces biens, le père évidemment n'avait aucun droit aux fruits;

Donc, il n'en doit pas non plus supporter les charges qui appartiennent au passé. L'effet ne peut précéder la cause.

Si deux ou trois années d'arrérages d'une rente active étaient dues à la succession au moment de son ouverture, est-ce que l'usufruitier légal les gagnerait?

Non, sans doute; ces arrérages formeraient un capital actif au profit de l'enfant.

La logique et l'équité exigent donc que les arrérages passifs constituent, réciproquement aussi, un capital passif à sa charge.

2° Il est vrai qu'autrefois, dans les provinces coutumières, qui admettaient le droit de garde, les intérêts et arrérages déjà dus par le *de cujus*, à l'époque de son décès, étaient à la charge du gardien.

Mais c'est qu'alors le gardien était même personnellement tenu de toutes les dettes mobilières; c'est qu'aussi il devenait propriétaire du mobilier, dont les dettes mobilières étaient une charge (Lyon, 16 février 1835, de Glavenas, D., 1835, II, 110; Nîmes 9 juil. 1856, Roux, Dev., 1857, II, 161; Duranton, t. III, n° 401; Taulier, t. I. p. 502; Rolland de Villargues, v° *Usufruit légal*, n° 55; Chardon, *Puiss. patern.*, n° 150; Zachariæ, t. I, p. 372, (édit. Massé et Vergé);

Frédéric Duranton, *Revue historique de droit français et étranger*, 1858, p. 147 et suiv.).

544. — Je crois pouvoir prouver néanmoins qu'il s'agit au contraire dans le n° 3 de notre article 385 des arrérages et intérêts déjà dus par le *de cujus* au moment de l'ouverture de la succession :

1° La charge des intérêts et arrérages à échoir *in futurum* venait d'être à l'instant même imposée à l'usufruit paternel par le n° 1 de cet article; le payement des intérêts et arrérages échus pendant la durée de l'usufruit est, en effet, l'*une des charges auxquelles sont tenus les usufruitiers* (art. 608, 610);

Or, si on applique encore le n° 2 de l'article 385 à ces mêmes intérêts et arrérages, ce numéro ne serait qu'une inutile redondance, d'autant plus inexplicable qu'il constitue une disposition spéciale et distincte;

Donc, il est impossible de n'y pas voir aussi une charge distincte et spéciale; car on ne doit point apparemment prêter un *non-sens* au législateur (*supra*, n° 537).

2° Ce n° 3 d'ailleurs s'explique très-facilement; et il est, sans aucun doute, dans le Code Napoléon, une tradition des principes du droit coutumier.

Nous avons vu plus haut que le payement des dettes mobilières et, en particulier, des arrérages déjà échus, était une des charges du gardien, même dans celles des coutumes où il n'acquérait plus la propriété des meubles (*supra*, n° 472).

Or, lorsqu'on voit les rédacteurs du Code Napoléon mettre spécialement à la charge de l'usufruitier paternel des arrérages de rentes et des intérêts de capitaux, il n'est guère possible de douter qu'ils ne se réfèrent à ces mêmes arrérages et intérêts, que l'ancien droit mettait à la charge du gardien.

3° J'ajoute enfin qu'indépendamment de cette origine historique, le n° 3 de l'article 385 peut en outre être justifié par des motifs fort raisonnables.

Le législateur, en accordant au père la jouissance des biens de ses enfants, n'a pas voulu, ainsi que je l'ai dit déjà, que cette jouissance détruisît ou même diminuât jamais le fonds, le capital de leur patrimoine; et il s'est montré, sur ce point, envers l'usufruitier légal plus sévère, très-certainement, qu'envers l'usufruitier ordinaire; nous en avons vu déjà des preuves (*supra*, n° 524). Ce n° 3 de notre article en est encore une nouvelle.

Le législateur a donc cru qu'il était convenable, qu'il était d'une bonne gestion, dans l'intérêt des mineurs, de ne payer que sur les revenus à venir, même les intérêts et arrérages du passé.

Il n'a pas voulu que, pour ces sortes de dettes, en général peu importantes, on entamât la *substance* même du patrimoine des enfants.

La jouissance de l'usufruitier en sera un peu diminuée, il est vrai; mais le capital de l'enfant sera intact.

Où donc est le mal et l'injustice?

Est-ce que cela, au contraire, n'est pas très-sage?

Je conviens, toutefois, qu'aujourd'hui le prêt à intérêt étant autorisé, et l'article 385 ayant ajouté aux arrérages de rentes (seule charge de ce genre autrefois) les intérêts des capitaux, je conviens, dis-je, que cette charge pourra être quelquefois assez lourde pour l'usufruitier légal. Mais, après tout, c'est une offre que la loi lui fait; il est libre de ne la point accepter (comp. Trib. civ. d'Arras, 5 juin 1859, Veltard, Dev., 1859, II, 387; Valette sur Proudhon, t. II, p. 256, 257; et *Explicat. somm. du liv. I, du Code Napol.* p. 217; Aubry et Rau, sur Zachariæ, t. IV, p. 612; Massé et Vergé, t. I, p. 373; Marcadé, t. II, art. 385, n° 3; Du-

caurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 565; Allemand, *du Mariage*, t. II, n° 1104; Demangeat, *Revue de droit français et étranger*, 1845, p. 660, note 2; Demante t. II, n° 130 *bis*, II; P. Gilbert, *Observations* sur l'arrêt précité de la Cour de Nîmes, Dev., 1857, II, 161, 162; et Le Gentil, *Observations* sur le jugement précité du Trib. d'Arras, *loc. cit*).

545. — Proudhon, qui enseigne aussi la même solution (*de l'Usufruit*, t. I, n° 206), ajoute que cette solution étant exceptionnelle, ne saurait être étendue, et que d'après les termes de l'article 385-3°, l'usufruitier paternel ne devant que le payement *des arrérages ou intérêts des capitaux*, ne devrait pas :

1° Les arrérages de rentes foncières échus avant l'ouverture de son usufruit, parce que ces sortes d'arrérages ne sont pas des arrérages de capitaux;

2° Les arrérages de rentes viagères échus avant l'ouverture de son droit, parce que la rente viagère n'est pas le revenu d'un capital, mais le produit d'une convention aléatoire (t. I, n° 207).

M. Allemand vient aussi d'adopter cette doctrine dans son *Traité du Mariage et de ses effets* (t. II, n° 1134).

Mais je ne croirais pas que ces restrictions fussent admissibles.

D'abord, pour ce qui est de la rente que notre auteur appelait encore *foncière*, sous l'empire de notre droit moderne, il est certain que les rentes, quelle que soit la cause de leur établissement, ne sont toutes, depuis leur mobilisation, que des capitaux (loi du 11 brumaire an VII; art. 529 Cod. Napol.).

Et, quant à la rente viagère, il ne me paraît pas non plus exact de dire aussi absolument, qu'elle n'a pas de capital. Les articles 1797, 1978 et 1979 démentent cette proposition; et il a même été jugé que

la rente viagère peut être constituée sous la condition résolutoire, qu'à défaut de payement des arrérages pendant un certain temps, le capital sera remboursé (Cass., 23 août 1843, Rougeard, Dev., 1843, I, 892 ; Caen, 16 déc. 1843, d'Aligre, Dev., 1844, II, 97).

L'article 588 prouve aussi que précisément en matière d'usufruit, le Code Napoléon considère que la rente viagère elle-même est distincte des arrérages qu'elle produit.

Je crois enfin que l'on pourrait dire, sans trop de hardiesse, que ce mot *arrérages*, dans l'article 385, ne se rapporte pas au mot capital; que la phrase de ce numéro a quelque chose d'elliptique, et que l'expression *arrérages*, dans la pensée des rédacteurs, s'applique aux rentes comme le mot *intérêts* s'applique aux capitaux; car chacun de ces mots est corrélatif : *arrérages*, pour les rentes; *intérêts*, pour les capitaux. C'est ainsi qu'on les voit toujours employés (comp. art. 584, 588, 2277); comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 612; Massé et Vergé, t. I, p. 372).

546. — Ne pourrait-on pas, au contraire, en sens inverse, soutenir que l'usufruitier légal devrait acquitter, non-seulement les arrérages de rentes et les intérêts de capitaux déjà échus avant l'ouverture de son droit, mais même aussi les loyers et fermages déjà dus à cette époque par la personne à laquelle l'enfant a succédé ?

Est-ce qu'en effet le vœu essentiel de la loi n'est pas de lui faire payer, même pour le passé, les différentes charges usufructuaires qui pèsent en général sur lui pendant la durée de sa jouissance ? et ne devrait-on pas dès lors compléter les termes de l'article 385-3° par ceux de l'article 2277 ?

Ceci toutefois serait beaucoup plus grave !

Il ne faut pas nier en effet que l'article 385-3° con-

stitue une exception. Que cette exception s'étende à tous les arrérages des rentes, quelles qu'elles soient, je le pense ainsi moi-même; car le texte s'y applique.

Mais le texte ne s'applique pas aux loyers des maisons ni au prix des baux à ferme; et il faut aussi prendre garde de rendre par trop lourd le poids de cet arriéré, que l'on rejette exceptionnellement ici sur l'usufruitier.

547. — 4° Enfin, l'usufruitier légal doit acquitter:

Les frais funéraires et ceux de dernière maladie (art. 385-4°).

Même question à peu près que tout à l'heure.

S'agit-il des frais funéraires et de dernière maladie de la personne à laquelle l'enfant a succédé?

Ou bien des frais funéraires et de dernière maladie de l'enfant lui-même?

On a soutenu qu'il s'agissait des frais funéraires et de dernière maladie de l'enfant (Delvincourt, t. I, p. 93, note 4; Taulier, t. I, p. 503).

Mais l'opinion contraire me paraît beaucoup plus juridique.

Remarquons que ce n° 4 de l'article 385 sera, quoi qu'on fasse, et dans toutes les opinions, une charge spéciale et en dehors du droit commun.

Si vous dites en effet qu'il s'agit des frais funéraires et de dernière maladie de l'enfant, le droit commun mettait bien à la charge de l'usufruitier légal les frais de dernière maladie; ceux-là sont corrélatifs à l'usufruit qui durait encore; mais le droit commun ne mettait pas à la charge de l'usufruitier légal les frais funéraires de l'enfant; car ces frais n'ont été dus qu'après l'extinction de son usufruit.

Si vous dites qu'il s'agit de la personne à laquelle l'enfant a succédé, la dette des frais funéraires est bien alors postérieure à l'ouverture de l'usufruit lé-

gal; mais il n'en est pas de même des frais de dernière maladie; car la dette de ces frais est antérieure à l'ouverture de l'usufruit.

Je crois, pour ma part, que la véritable interprétation est celle qui applique ce n° 4 aux frais funéraires et de dernière maladie de la personne à laquelle l'enfant a succédé :

1° Autrefois la question était controversée (*supra*, n°s 473, 474). Les frais de dernière maladie de la personne à laquelle l'enfant a succédé, constituant une dette mobilière, il n'était pas douteux qu'ils étaient à la charge du gardien; mais on hésitait à l'égard des frais funéraires qui n'étaient pas une dette laissée par le défunt lui-même. Pourtant l'opinion qui obligeait le gardien *à acquitter ses mineurs des frais funéraires du prédécédé* (je me sers des expressions de Pothier) avait fini par prévaloir (Introd. au titre *des Fiefs*, n° 341).

Or, je dirai encore ici ce que je disais sur la question précédente : lorsqu'on voit le Code Napoléon se servir précisément des mêmes termes, et imposer cette charge spéciale à l'usufruit paternel, il est impossible de ne pas reconnaître qu'il se réfère à cette même charge que les coutumes imposaient au gardien.

C'est ce que décide également M. Duranton lui-même (t. III, n° 402).

Mais l'opinion du savant auteur sur cette question nous paraît peu en harmonie avec l'opinion contraire par lui exprimée sur la question précédente (n° 401).

2° Les mots de *dernière maladie*, dans l'article 385-4°, appliqués à l'enfant, seraient d'une inexactitude évidente.

En effet, s'il s'agissait de l'enfant, ce n'est pas seulement des frais de sa dernière maladie que l'usufruitier serait tenu, mais des frais de toutes ses maladies, à quelque époque que ce fût, pendant la durée de l'usufruit; car ce sont là des charges usufructuaires

(art. 1409-4°); car ce sont des charges de l'éducation, dans l'acception large et véritable de ce mot; et, par conséquent, le père est tenu des frais de la dernière maladie comme des frais des autres, en vertu des nos 1 et 2 de l'article 385.

3° Il s'agit d'ailleurs ici de frais ordinairement peu considérables, qu'il a paru aussi convenable et d'une bonne gestion, dans l'intérêt des mineurs, de faire acquitter par l'usufruitier sur les revenus à venir.

4° Enfin, on ne comprendrait pas pourquoi la loi aurait imposé spécialement au père ou à la mère l'obligation de payer seuls les frais funéraires de leur enfant décédé, et cela pour en épargner la charge aux autres héritiers de ces enfants! (Lyon, 16 février 1835, de Glavenas, D., 1835, II, 110; Caen, deuxième chambre, 16 mars 1836, Leroy; Caen, 20 déc. 1840, Ve Tubert, Dev., 1841, II, 3; Douai 22 juillet 1854, Bergaigne, Dev., 1855, II, 619; Ferrières, *sur la cout. de Paris*, p. 180, 181; Toullier, t. II, n° 1069; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, nos 210, 211; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 612; Massé et Vergé, t. I, p. 372, 373; Vazeille, *du Mariage*, t. II, n° 441; Valette sur Proudhon, t. II, p. 259; Chardon, *Puiss. paternelle*, n° 152; Marcadé, t. II, art. 385, n° 4; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, no 566; Demante, t. II, n° 130 *bis*, III; Frédéric Duranton, *Revue historique de droit français et étranger*, 1858, p. 148 et suiv.).

348. — C'est par les mêmes motifs, c'est parce que je crois que les rédacteurs du Code Napoléon, imbus des principes du droit coutumier, en ont reproduit ici les dispositions, que les frais du deuil de la veuve de celui auquel les enfants ont succédé, me paraissent compris dans l'expression de *frais funéraires* employée par l'article 385 (*voy.* les articles 1481 et 1570).

Ce n'est pas que je prétende que cette expression ait

toujours et nécessairement cette étendue. Je fais au contraire mes réserves pour examiner plus tard, par exemple, si la veuve pourrait invoquer pour son deuil le privilége accordé par l'article 2101-2°, à la créance des frais funéraires.

Mais ces expressions, dans l'article 385 particulièrement, comprennent, selon moi, les frais du deuil de la veuve :

1° Parce qu'autrefois, ces frais y étaient compris, et se trouvaient ainsi à la charge du gardien (Renusson, *de la Garde*, chap. VII, n° 63; Merlin, *Rép.*, t. III, v° *Deuil*, § 1, n° 2);

2° Parce que, en effet, il est très-conforme à la pensée essentielle de l'article 385, n°s 3 et 4, de faire payer ces sortes de frais à l'usufruitier sur les revenus plutôt que d'entamer le capital (Proudhon, *de l'Uusufruit*, t. I, n°s 212, 213; Vazeille, *du Mariage*, t. II, n° 442; Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra;* Massé et Vergé, *loc. supra*).

549. — Telles sont les obligations de l'usufruitier paternel.

La loi les mettant directement à sa charge, il peut être poursuivi directement par les créanciers.

Mais pourtant, c'est l'enfant et non pas lui, qui est héritier et propriétaire; et l'usufruitier n'est tenu, en quelque sorte, qu'au nom de l'enfant, et seulement comme détenteur des biens qui sont grevés de ces charges.

550. — De là les conséquences suivantes :

1° L'usufruitier paternel peut opposer aux créanciers tous les moyens et exceptions que le mineur lui-même pourrait leur opposer; et par exemple, il a le droit d'invoquer les effets du bénéfice d'inventaire, sous lequel la succession aurait été acceptée (art. 802; *Nouveau Denizart*, t. IX, v° *Garde noble*, § 12, n° 8).

2° L'usufruitier peut, en abandonnant son droit d'usufruit, se soustraire aux poursuites des créanciers, sauf règlement entre les enfants et lui, s'il arrivait que son enfant fût poursuivi pour une dette qu'il aurait dû acquitter.

3° L'enfant lui-même ne cesse pas d'être débiteur envers les créanciers de la succession, par exemple, envers les créanciers de ces arrérages et intérêts, que l'usufruitier est chargé d'acquitter; il n'y a point novation; car aucun texte ne la prononce; et tel était déjà l'ancien droit de garde (Demangeat, *Revue de droit français et étranger*, 1845, p. 660; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 218).

Seulement, il me semble que le tuteur du mineur, si l'usufruitier légal n'avait pas la tutelle, serait fondé à renvoyer vers cet usufruitier les créanciers qui s'adresseraient à lui; car ils n'ont pas d'intérêt légitime à poursuivre le mineur personnellement plutôt que l'usufruitier lui-même; le mineur, lui, a intérêt à ce que la dette soit acquittée directement par l'usufruitier qui en est tenu, plutôt que d'être obligé d'en faire l'avance, pour exercer ensuite un recours. Et dans le silence de la loi sur ce point, il semblerait rationnel et équitable de régler ainsi leurs rapports (art. 4; comp., Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 613).

551. — Le fait seul de l'acceptation de l'usufruit paternel oblige-t-il irrévocablement l'usufruitier à acquitter les charges que la loi lui impose, lors même qu'il renoncerait ensuite à son droit, ou que son usufruit viendrait à s'éteindre presque aussitôt après son ouverture?

Se peut-il qu'il soit tenu des charges *ultra vires* et que son usufruit finalement le constitue en perte?

J'examinerai plus bas cette question (*infra*, n°s 590, 591.)

§ V.

Quels sont les modes d'extinction de l'usufruit paternel?

SOMMAIRE.

552. — Les modes d'extinction sont de deux sortes : A. Les uns spéciaux et particuliers à l'usufruit paternel; — B. les autres généraux et communs à tout usufruit.

A. *Des modes particuliers d'extinction spéciaux à l'usufruit paternel.*

553. — 1° L'usufruit paternel s'éteint, lorsque l'enfant est parvenu à l'âge de dix-huit ans accomplis. — Motifs.

554. — 2° Il s'éteint par l'émancipation expresse ou tacite de l'enfant.

555. — L'usufruit paternel renaîtrait-il, dans le cas où l'émancipation serait révoquée, comme elle peut l'être, aux termes de l'article 485?

556. — 3° L'usufruit paternel s'éteint par la mort de l'enfant.

557. — 4° Il s'éteint par la condamnation du père ou de la mère, reconnu coupable du délit mentionné dans les articles 334 et 335 du Code pénal.

558. — Le père ou la mère n'est-il alors déchu de son usufruit que sur les biens de l'enfant, qui a été victime de son immoralité? — Renvoi.

559. — 5° Article 386. L'usufruit légal a-t-il lieu au profit de celui des père et mère contre lequel la séparation de corps aurait été prononcée? — Renvoi.

560. — Pourquoi le père veuf, qui se remarie, conserve-t-il la jouissance des biens des enfants de son premier mariage, tandis que le second mariage de la mère lui fait perdre cette jouissance?

561. — L'usufruit légal ne s'éteint alors, bien entendu, que pour l'avenir?

562. — L'usufruit revivrait-il, si la mère remariée redevenait veuve?

563. — *Quid*, si le second mariage de la mère a été déclaré nul?

564. — Suite.

565. — *Quid*, si la mère survivante et non remariée est d'une impudicité notoire?

566. — 6° L'usufruit paternel s'éteint lorsque le survivant des époux ne fait pas l'inventaire prescrit par l'article 1442. — Division.

567. — A. Dans les cas où l'article 1442 est applicable, quelles conditions l'époux survivant doit-il remplir pour n'être pas privé de

l'usufruit paternel? — Le survivant doit faire un inventaire régulier et fidèle dans un certain délai.

568. — L'inventaire doit, pour être régulier, être fait par un officier public.

569. — Il doit, pour être fidèle et exact, comprendre tous les effets à inventorier. — *Quid*, s'il y a eu des omissions?

570. — Suite.

571. — Dans quel délai l'inventaire doit-il être fait? — Trois systèmes sont en présence. Premier système : Distinctions proposées par Proudhon.

572. — Deuxième système : L'inventaire doit être fait, sous peine de déchéance, dans les trois mois qui suivent la mort du prédécédé, à moins qu'une prolongation de délai n'ait été obtenue de la justice.

573. — Troisième système : L'inventaire doit être fait dans le délai de trois mois; mais ce délai n'est pas nécessairement fatal.

574. — Dans quel délai l'inventaire doit-il être commencé?

575. — B. Dans quels cas l'article 1442 est-il applicable? — *Quid*, si les époux étaient mariés sous le régime de la communauté conventionnelle?

576. — *Quid*, si les époux étaient mariés sous le régime dotal ou sous le régime d'exclusion de communauté ou de séparation de biens? — Première opinion : L'article 1442 est toujours applicable.

577. — Deuxième opinion : L'article 1442 n'est point alors applicable.

578. — Suite.

579. — *Quid*, si le père, durant le mariage, n'a pas fait dresser l'inventaire des biens échus à ses enfants? — *Quid*, si le survivant n'a pas fait dresser l'inventaire des biens qui sont provenus à ses enfants d'une autre source que de la communauté dissoute?

580. — La déchéance de l'usufruit légal prononcée par l'article 1442 ne s'applique-t-elle qu'aux biens provenant à l'enfant de la communauté non inventoriée?

B *Des moyens d'extinction de l'usufruit paternel communs à l'usufruit en général.*

581. — L'usufruit paternel s'éteint par les mêmes événements qui mettent fin à l'usufruit ordinaire.

582. — Il est évident pourtant qu'il faut en excepter quelques-uns. — Du non-usage pendant trente ans.

583. — De la perte totale de la chose.

584. — De la consolidation.

585. — Suite.

586. — De la mort de l'usufruitier paternel.

587. — De la renonciation de l'usufruitier paternel à son droit. — Cette renonciation est permise.

588. — Le père ou la mère peut renoncer à son droit d'usufruit sur

les biens de l'un de ses enfants, et le conserver sur les biens de l'autre ou des autres.

589. — De la forme de la renonciation.

590. — La renonciation à l'usufruit paternel n'a-t-elle d'effet activement et passivement que pour l'avenir?

591. — Suite. — *Quid*, si l'enfant venait à mourir peu de temps après l'ouverture et l'acceptation de l'usufruit par le père ou la mère?

592. — La renonciation à l'usufruit légal pourrait-elle être révoquée à la requête des créanciers du père ou de la mère, auxquels elle causerait préjudice?

593. — Suite. — Du cas où le père (ou la mère) a renoncé directement à l'usufruit légal lui-même.

594. — Du cas où la renonciation à l'usufruit légal n'est que le résultat virtuel de l'émancipation conférée par le père ou la mère à l'enfant.

595. — La renonciation faite par le père ne peut pas préjudicier à la mère pour l'époque à laquelle l'usufruit légal s'ouvrira à son profit.

596. — De la déchéance de l'usufruitier pour cause d'abus de jouissance. — Ce mode d'extinction n'opère pas de plein droit.

597. — Est-il applicable à l'usufruit paternel?

598. — Suite.

599. — Le père (ou la mère) pourrait-il être déclaré déchu de l'usufruit légal, lorsqu'il n'accomplit pas les différentes obligations qui lui sont imposées par l'article 385, lorsque, par exemple, il ne pourvoit pas à la nourriture, à l'entretien et à l'éducation des enfants? — Première opinion : Il peut alors en être déclaré déchu.

600. — Seconde opinion : Il ne peut pas être déclaré déchu pour cette cause.

601. — *Quid*, si l'usufruitier légal est d'une inconduite notoire et commet les écarts les plus scandaleux? Peut-on invoquer contre lui l'article 618? — 1° Du cas où l'inconduite de l'usufruitier paternel ne compromet pas les biens de l'enfant.

602. — 2° Du cas où l'inconduite de l'usufruitier légal donne lieu de craindre que les biens de l'enfant ne soient compromis dans ses mains.

603. — Suite.

604. — De la faillite ou de la déconfiture de l'usufruitier paternel.

552. — Nous comprenons aussi, sous ce titre général des modes *d'extinction* de l'usufruit paternel, les différentes causes pour lesquelles le père (ou la mère) peut être privé ou déchu de l'usufruit légal.

Ces modes sont de deux sortes :

A. Les uns, spéciaux et particuliers à l'usufruit paternel ;

B. Les autres, généraux et communs à tout usufruit.

Examinons-les successivement.

A. *Des modes particuliers d'extinction spéciaux à l'usufruit paternel.*

553 — 1° Et d'abord l'usufruit paternel s'éteint, lorsque l'enfant a atteint l'âge de dix-huit ans accomplis (art 384.)

C'est là son terme le plus long, son terme régulier et inévitable. On peut dire, sous ce rapport, qu'il est un usufruit établi *à certain jour* (art. 580.)

L'usufruit légal, bien qu'il soit un attribut et un accessoire de la puissance paternelle, ne dure donc pas autant que cette puissance (comp. art. 372, 384 et 389.)

On a craint que le père (ou la mère), afin de prolonger cet usufruit, ne se refusât à émanciper son enfant ou à consentir à son mariage. On a craint que, soit par calcul, soit même à son insu, il ne trouvât à tel ou tel projet de mariage ou d'émancipation, des objections et des obstacles, dont la préoccupation même involontaire de son intérêt personnel lui exagérerait l'importance.

Il est vrai que l'enfant de l'un et de l'autre sexe, qui a encore son père ou sa mère, peut être émancipé à quinze ans (art. 477), et que la fille peut même toujours se marier à cet âge (art. 144.)

Mais cette hypothèse n'est pas fréquente; rien n'est compromis d'ailleurs en général, tant que l'enfant est encore au-dessous de dix-huit ans ; et il ne fallait pas

que cette précaution devînt trop injurieuse pour les père et mère.

On peut ajouter encore que la loi, en limitant ainsi la durée de l'usufruit, a voulu que l'enfant trouvât dans les économies faites pendant les trois dernières années de sa minorité, une source plus grande de bien-être.

554. — 2° L'usufruit légal s'éteint par l'émancipation soit expresse, soit tacite de l'enfant.

L'émancipation tacite est celle qui résulte du mariage (art. 372, 476, 478.)

555. — C'est une question très-délicate que celle de savoir si l'usufruit légal renaîtrait, dans le cas où l'émancipation serait révoquée comme elle peut l'être aux termes de l'article 485.

Il est incontestable que les fruits échus ou perçus depuis l'émancipation par l'enfant, lui sont acquis et lui appartiennent irrévocablement, et qu'ils ne sauraient, en aucun cas, être réclamés par le père ou la mère. C'est pour l'avenir que la révocation a lieu, non pour le passé.

Mais pour l'avenir l'usufruit paternel revit-il?

L'affirmative, quoiqu'elle compte peu de partisans, me paraît néanmoins devoir être suivie.

L'extinction de l'usufruit paternel n'avait pour cause que l'émancipation de l'enfant; cet usufruit avait cessé avec la puissance paternelle, par suite du nouvel état de l'enfant et du droit qui lui appartenait de gérer lui-même ses biens;

Or, l'émancipation est révoquée;

Donc, tous ses effets légaux doivent cesser aussi désormais;

Donc, la puissance paternelle doit être rendue au père avec tous les attributs qu'elle comporte.

Objectera-t-on qu'aucun texte ne fait revivre, dans ce cas, l'usufruit légal?

Mais l'article 484 porte au contraire formellement que le mineur émancipé pourra *être privé du bénéfice de l'émancipation*, laquelle lui *sera retirée....*;

Or, la cessation de l'usufruit légal était un bénéfice de l'émancipation;

Donc, l'usufruit légal doit renaître, dès que l'émancipation est retirée.

Il est vrai que l'article 486 ajoute seulement que :

« Dès le jour où l'émancipation aura été révoquée, « le mineur *rentrera en tutelle....* »

Mais il est évident que cette rédaction ne doit pas être prise à la lettre; car si le mineur a encore ses père et mère, il rentrera, non pas *en tutelle*, mais *en puissance paternelle*.

La pensée de la loi, dans ces deux articles 485 et 486, est donc de rétablir, pour l'avenir, la situation telle qu'elle était avant l'émancipation.

Dira-t-on encore que le père a renoncé à l'usufruit légal en émancipant son enfant?

Non! le père n'a pas renoncé directement et distinctement à l'usufruit; il a renoncé à la puissance paternelle elle-même;

Or, cette puissance elle-même lui est restituée;

Donc, elle doit faire aussi retour dans ses mains avec tous ses attributs ordinaires.

On a objecté enfin que la révocation de l'émancipation avait été établie dans l'intérêt seul de l'enfant et qu'elle ne devait pas profiter au père?

Sans doute, la révocation de l'émancipation a pour but l'intérêt de l'enfant; mais cela n'empêche pas qu'elle n'ait un certain caractère de correction.

Et elle n'en sera peut-être que plus dans l'intérêt de l'enfant, par cela même que les effets en seront plus exemplaires (comp. Delvincourt, t. I, p. 126, note 11; Proudhon et Valette, t. II, p. 445).

Ce qui peut paraître regrettable, c'est que la révocation de l'émancipation n'ait pas été soumise à quelque condition, à quelque garantie dans l'intérêt de l'enfant. Il n'y en a en effet aucune ; et cette objection n'est pas, j'en conviens, sans quelque valeur.

Convient-il de laisser le père libre de ressaisir l'usufruit légal à son gré et pour son seul intérêt ?

Je remarquerai pourtant que la révocation de l'émancipation ne peut être prononcée que contre le mineur, *dont les engagements ont été réduits*, aux termes de l'article 485, c'est-à-dire contre le mineur judiciairement convaincu d'inexpérience ou de folles passions.

Il est vrai qu'après cela, la révocation n'est pas nécessaire; le mineur, dit l'article 486, *pourra* être privé du bénéfice de l'émancipation.

Il y a donc lieu à examen; car on conçoit que ce retrait d'émancipation est une chose très-grave, qui peut affecter notablement l'état du mineur, et ses intérêts mêmes de fortune, s'il a par exemple déjà un établissement, etc.

Or, comment cette révocation peut-elle être prononcée?

« En suivant, dit l'article 485, les mêmes formes « que celles qui auront eu lieu pour la lui conférer. »

C'est-à-dire que, dans le cas où les père et mère sont décédés, elle sera prononcée par une délibération du conseil de famille, présidé par le juge de paix; il y a là du moins une garantie, d'autant plus que les membres du conseil n'ont point d'intérêt à cette révocation.

Mais lorsque le mineur a encore son père et sa mère, la révocation de l'émancipation peut avoir lieu par la seule déclaration du père ou de la mère, reçue par le

juge de paix, assisté de son greffier (comp. art. 477, 485).

Je conviens que cette objection n'est pas sans quelque gravité, quoique pourtant elle n'ait pas été soulevée par les partisans de l'opinion que j'essaye de combattre.

Mais cette objection même ne me paraît pas suffisante pour l'emporter sur les arguments qui précèdent. Ajoutons qu'il convenait peut-être assez peu que la loi montrât alors au père ou à la mère ces sentiments de défiance; car c'est lui qui, en émancipant son enfant volontairement, a renoncé à son usufruit, et lui a donné par cela même une preuve de son amour désintéressé.

Le sentiment contraire est toutefois plus généralement enseigné (comp. Toullier, t. II, n° 1303; Duranton, t. III, n° 396; Marcadé, t. II, art. 385, n° 7; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n°s 486 et 697; Taulier, t. II, p. 96; Demante, t. II, n° 129 *bis*, VIII, et 257 *bis*, I. On trouve sur cette question deux solutions contraires dans l'ouvrage de Zachariæ et de ses annotateurs MM. Aubry et Rau, comp. t. I, p. 269, note 3 et t. III, p. 685, note 23).

Mais, dans leur dernière édition (t. IV, p. 614), nos savants collègues de la Faculté de Strasbourg annoncent qu'ils croient devoir s'arrêter à la doctrine, que nous venons de présenter, et qui est aussi celle de MM. Massé et Vergé (t. I, p. 373).

556. — 3° L'usufruit paternel s'éteint par la mort de l'enfant.

Il est vrai qu'en droit romain l'usufruit du pécule adventice durait même après la mort de l'enfant, pendant toute la vie de l'ascendant paternel usufruitier (L. 7, § 1, Cod., *ad senatusc. Tertullianum*).

Mais nous avons maintes fois remarqué combien

l'usufruit paternel du Code Napoléon était différent de cet usufruit, qui était un des effets de la puissance paternelle des Romains. Notre usufruit paternel ressemble beaucoup plus à l'ancien droit de garde; or, le droit de garde finissait par la mort du mineur (Pothier, Introd. au titre *des Fiefs*, n° 343).

Il est vrai aussi que le Code Napoléon n'a pas un article exprès pour déclarer que la mort de l'enfant éteint l'usufruit paternel.

Mais ce mode d'extinction résulte si virtuellement et si nécessairement de toute la théorie du Code Napoléon et de ses différents articles, qu'il n'était pas besoin d'en faire l'objet d'une disposition spéciale.

L'usufruit légal, en effet, est un attribut, un accessoire de la puissance paternelle ; un attribut qui ne lui est pas même essentiel, car il peut en être détaché (art. 387), et il ne dure pas régulièrement autant que cette puissance (art. 384); il est dès lors évident qu'il ne peut pas durer plus qu'elle, ni survivre à son extinction.

On ne saurait objecter l'article 620, d'après lequel :

« L'usufruit accordé jusqu'à ce qu'un tiers ait at-
« teint un âge fixe, dure jusqu'à cette époque, encore
« que le tiers soit mort avant l'âge fixé. »

Car l'enfant n'est point un tiers, il est le propriétaire même des biens grevés de l'usufruit; et l'âge de dix-huit ans, marqué par la loi comme le terme de l'usufruit paternel, n'est point un terme *fixe*, dans le sens de l'article 620.

L'article 384 d'ailleurs n'accorde au père et à la mère que l'usufruit des biens de leur enfant;

Or, après le décès de l'enfant, les biens ne sont plus les siens;

Donc, l'usufruit paternel s'évanouit.

Et voilà bien ce qui résulte de l'article 754, qui,

dans le cas de décès de l'enfant sans postérité, attribue au père ou à la mère survivant l'usufruit, mais alors un vrai usufruit, du tiers des biens auxquels il ne succède pas en propriété, et qui sont dévolus à des collatéraux d'une autre ligne que la sienne (Cass., 15 juin 1842, Administ. de l'enregistrement C. Cassoulet, D., 1842, I, 295; Demante, t. II, n° 129 *bis*, VII).

557. — 4° L'usufruit paternel s'éteint par la condamnation du père ou de la mère reconnu coupable du délit mentionné dans l'article 334 du Code pénal (art. 335 C. pén.).

558. — Le père ou la mère n'est-il alors déchu de son usufruit que sur les biens de l'enfant qui a été victime de son immoralité?

Au contraire, son titre même d'usufruitier légal lui est-il enlevé sur les biens de tous ses autres enfants nés ou à naître?

Voyez *supra*, n° 361. M. Magnin (*des Minorités*, t. I, n 302) enseigne aussi que la condamnation n'enlève au père ou à la mère que la jouissance des biens de l'enfant envers lequel il a commis le délit.

559. — 5° Aux termes de l'article 386 :

« Cette jouissance n'aura pas lieu au profit de celui « des père et mère contre lequel le divorce aurait été « prononcé; et elle cessera à l'égard de la mère, dans « le cas d'un second mariage. »

Le divorce étant aboli (par la loi du 8 mai 1816), la première disposition de cet article est aujourd'hui sans objet;

A moins qu'on ne prétende l'appliquer à la séparation de corps et déclarer en conséquence déchu de l'usufruit légal le père contre lequel la séparation aurait été prononcée.

Mais j'ai déjà expliqué les motifs qui doivent, selon

moi, faire rejeter cette opinion (*voy.* notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, nos 510 et 518; ajout., Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 373; Demante, t. II, p. 131 *bis*, II).

560. — Arrivons donc à la seconde disposition de l'article 386.

Et d'abord, pourquoi cette différence entre le père et la mère?

Pourquoi le père veuf, qui se remarie, conserve-t-il la jouissance des biens des enfants de son premier mariage, tandis que le second mariage de la mère lui fait perdre cette jouissance?

M. Réal signalait au Corps législatif « l'inconvenance qu'il y aurait à établir en principe que la mère peut porter dans une autre famille les revenus des enfants du premier lit, et enrichir ainsi, à leur préjudice, son époux. » (Locré, *Législ. civ.*, t. VII, p. 65.)

Ce motif, que la plupart des auteurs ont reproduit, n'explique toutefois qu'a moitié la différence dont nous cherchons ici la cause.

On pourrait dire, en effet, du père lui-même, qui se remarie, qu'il va enrichir sa nouvelle femme des fruits des biens de ses enfants du premier lit.

Ajoutons donc cette considération décisive que, sous presque tous les régimes, les fruits et revenus qui appartiennent à la femme, sont perçus par e mari, qui en a seul la libre disposition.

Ainsi, du régime de la communauté légale et conventionnelle (art. 1401, 1421, 1428, 1528);

Du régime exclusif de communauté (art. 1530);

Et du régime dotal (art. 1549).

Et même sous le régime de la séparation de biens, il arrive presque toujours, en fait, que le mari, chef de la famille, a la disposition des revenus et que, même malgré le texte du contrat, il prend en main

l'administration des biens de la femme (comp. articles 1539, 1578, 1579).

Or, il eût été fort à craindre que le nouveau mari de la mère n'employât point convenablement à leur destination, à l'entretien, à l'éducation surtout des enfants du premier lit de sa femme, les revenus de leurs biens, et qu'il n'en fît un moyen de bien-être personnel pour lui-même et pour les siens.

Cette crainte a paru assez grave pour que l'on prononçât la cessation de l'usufruit légal à l'égard de la mère qui se remarie. Disposition très-grave sans doute, et d'autant plus que les mères se remarient quelquefois dans l'intérêt même de leurs enfants du premier lit; par exemple, afin de leur conserver un établissement formé par leur père.

On pourrait enfin expliquer encore cette disposition finale de l'article 386, en y reconnaissant un vestige de l'ancienne garde noble et bourgeoise (*supra*, n° 476).

561. — L'usufruit ne s'éteint alors que pour l'avenir, bien entendu; l'article 386 n'en prononce pas la résolution *in præteritum*, mais seulement la cessation.

Cette déchéance est déjà assez grave pour qu'on n'y ajoute pas une rétroactivité de privation dont rien ne pourrait expliquer l'injustice.

562. — M. Taulier enseigne que l'usufruit renaît, si la mère remariée redevient veuve (t. I, p. 496).

Je n'admettrai pas cette solution :

1° L'usufruit légal une fois éteint, ne peut renaître qu'en vertu d'un texte de loi; car la jouissance, désormais acquise aux enfants eux-mêmes, ne peut pas leur être arbitrairement enlevée.

Or, aucun texte ne fait revivre l'usufruit au profit de la mère remariée, qui redevient veuve.

2° On objecte que poser d'abord comme principe

que l'usufruit est irrévocablement éteint par le second mariage de la mère, c'est décider la question par la question même; car il s'agit, dit-on, précisément de savoir si, d'après l'article 386, la jouissance cessera pour toujours ou seulement pendant la durée du second mariage.

Je réponds que le texte est absolu :

« *La jouissance cessera....* »

Il ne dit pas pour un temps ni sous une condition quelconque; il ne dit pas qu'elle sera suspendue; *elle cessera!* donc pour toujours; et si vous ajoutez ces mots : *pendant la durée du second mariage*, vous n'interprétez par la loi! vous la changez! vous la refaites!

3° Mais non, dites-vous; nous interprétons son texte d'après ses motifs;

Or, ses motifs n'ont de valeur que pendant la durée du second mariage. Ce n'est, en effet, qu'autant que dure le mariage, que les revenus des enfants du premier lit de la mère passeraient dans les mains de son second mari;

Donc, après le mariage dissous, la cause même, la cause essentielle de la cessation de l'usufruit au préjudice de la veuve, a disparu.

Je réponds encore qu'en admettant même que ce raisonnement fût vrai de tous points, il ne suffirait pas pour nous autoriser à rétablir l'usufruit. La loi seule aurait eu ce pouvoir! la loi seule aurait pu faire droit à ce raisonnement, et déterminer les effets de la dissolution du second mariage de la mère, comme elle a déterminé les effets de la révocation de l'émancipation de l'enfant (*supra*, n° 555). Or, au contraire, elle a gardé le silence; et elle nous a laissés en présence de cette disposition absolue, qui a dit à la mère, au moment où elle se remariait : votre jouissance a cessé!

Mais est-il absolument vrai que tous les motifs de l'article 386 aient disparu par suite de la dissolution du second mariage de la mère?

Je ne le crois pas.

Ce second mariage est toujours, plus ou moins, sous d'autres rapports encore, préjudiciable aux enfants du premier lit; il a pu, par exemple, donner le jour à d'autres enfants.

On me répond que le législateur n'a pas tenu compte de cette considération; car elle existerait également pour le second mariage du père, et néanmoins le législateur conserve l'usufruit légal au père qui se remarie.

Il est vrai; mais on peut très-bien comprendre qu'un motif, insuffisant par lui-même pour faire cesser l'usufruit existant, ait pu paraître assez grave pour empêcher l'usufruit déjà éteint de renaître.

Ce n'est pas là enfin convertir en un fait illicite le nouveau mariage de la mère; c'est constater seulement la conséquence que la loi attache à ce fait, très-libre et même assurément très-licite de la part de la mère, mais qui pourtant, de la part de la mère surtout, modifie d'une manière si considérable ses rapports envers ses enfants du premier lit (Delvincourt, t. I, p. 93, note 8; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 144; Vazeille, *du Mariage*, t. II, n° 470; Duranton, t. III, n° 386; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 615; Massé et Vergé, t. I, p. 374; Demante, t. II, n° 131 *bis*, VI; Valette, *Explic. somm. du liv. I du Code Napol.*, p. 217, 218).

563. — Mais supposons que le second mariage de la mère ait été déclaré nul.

La jouissance légale aura-t-elle cessé dans ce cas? ou bien au contraire doit-on dire que la mère sera réputée ne l'avoir jamais perdue?

M. Duranton distingue :

Si la mère, en se remariant, était de bonne foi, elle aura perdu l'usufruit légal; car son mariage produit les effets civils (art. 201 et 202); et la cessation de la jouissance légale est un des effets civils du second mariage de la mère.

Si la mère n'était pas de bonne foi, elle aura conservé l'usufruit légal; car son mariage étant annulé, ne peut produire aucun effet civil (t. III, n° 387; comp. aussi Vazeille, *du Mariage*, t. II, n° 470; Chardon, *Puiss. patern.*, n° 160).

Distinction très-injuste assurément, et qu'il faudrait regretter d'être obligé d'admettre, si les textes nous y forçaient, puisqu'elle traite plus durement la mère innocente que la mère coupable, à laquelle elle fait même un titre légal de sa mauvaise foi!

Mais les textes ne nous imposent pas, je crois, une telle distinction; et la vraie solution me paraît être celle qui déclare, dans tous les cas, la mère privée de la jouissance légale, par le seul fait de la célébration de son second mariage :

1° Aux termes de l'article 386, la jouissance légale cessera à l'égard de la mère, dans le cas d'un second mariage;

Or, la mère a contracté un second mariage;

Donc, sa jouissance a cessé.

2° Mais, dites-vous, ce second mariage a été déclaré nul; il est réputé n'avoir jamais existé.

Je réponds d'abord que le texte de l'article 386 ne distingue pas si le second mariage était valable ou annulable; il s'attache au contraire au fait même de la célébration :

Dans le cas d'un second mariage, dit-il.

Or, il y a eu un second mariage.

Oui! il y a eu un second mariage; et la décision

judiciaire, qui l'a annulé, n'empêche pas que cette proposition ne soit toujours vraie à certains égards (*voy.* notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, nos 344, 345).

La maxime : *quod nullum est, nullum producit effectum*, n'est certes pas d'une vérité absolue; et en particulier lorsqu'il s'agit d'un mariage annulé, il se peut que l'annulation n'empêche pas que le fait même de la célébration de ce mariage, et l'existence qu'il a eue régulièrement, tant qu'il n'était pas encore annulé, n'aient produit irrévocablement certains effets juridiques.

Or, telle est, selon moi, la cessation de la jouissance légale, que l'article 386 fait dériver *d'un second mariage*.

Comment! ce second mariage n'aurait été déclaré nul peut-être qu'à la mort de l'un des nouveaux époux, de la mère remariée peut-être; et à cause de cela, la jouissance légale serait réputée rétroactivement n'avoir jamais cessé!

Mais est-ce que le nouveau mari de la mère, tant que l'annulation du mariage n'était pas prononcée, n'aurait pas eu la pleine et libre disposition des revenus des enfants de son premier lit?

Est-ce que le motif de la cessation de cette jouissance n'est pas dès lors absolument le même?

Me direz-vous qu'il est possible au contraire que l'annulation du mariage soit prononcée peu de temps après sa célébration?

J'en conviens; mais il se peut aussi que le second mariage dure plus ou moins longtemps avant d'être annulé; cette hypothèse sera même la plus ordinaire.

Distinguerez-vous?

Mais c'est impossible! le texte est le même pour tous les cas; et comme ma solution renverse aussi la distinction inique, qu'il faudrait admettre dans l'opi-

nion contraire, entre le cas où la veuve serait de bonne foi et celui où elle serait de mauvaise foi, j'en conclus que l'article 386 est applicable au second mariage, même annulé, lorsqu'il a été librement contracté par la mère.

564. — Je dis : *librement contracté ;*

Car je crois moi-même qu'il faudrait excepter de la solution qui précède, le cas où le mariage serait annulé, parce que le consentement de la mère aurait été arraché par violence.

Alors en effet on ne pourrait pas lui objecter qu'elle savait à quoi elle s'exposait en se remariant, et qu'elle a volontairement abdiqué l'usufruit légal.

Si grande que puisse être la généralité des termes de l'article 386, deuxième alinéa, il serait impossible de l'étendre à ce second mariage, qui de la part de la femme n'est qu'un pur fait, sans volonté et sans intention (Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 144; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 615; Massé et Vergé, t. I, p. 374; Demante, t. I, n° 131 *bis*, V).

565. — La mère ne s'est pas remariée; mais elle est d'une impudicité notoire; elle a reconnu des enfants naturels; supposons même qu'elle s'est attachée à un homme, qui s'est installé dans sa maison, et qui vit publiquement et maritalement avec elle.

Doit-elle être déclarée déchue de l'usufruit légal?

Oui, a-t-on répondu :

1° Si la mère, qui se remarie, perd l'usufruit légal, à combien plus forte raison doit-il en être de même de celle qui donne à ses enfants l'exemple de la débauche, et qui doit, dans de telles habitudes, détourner leurs revenus de leur destination, non moins certes que ne pourrait le faire un nouveau mari.

Donc, c'est *a fortiori* que l'article 386 doit alors être applicable.

Aussi, de tout temps, les veuves qui vivaient en état de concubinage notoire, ont été frappées des déchéances que les lois prononçaient contre les veuves qui se remariaient; car elles sont en effet bien plus coupables encore envers leurs enfants; *non enim aliquid amplius habebit castitate, luxuria* (nov. 30, cap. II, § 1; ajout. L. 7, Cod. *de Revoc. donationibus*).

2° Les rédacteurs du Code Napoléon ont beaucoup emprunté aux dispositions coutumières sur le droit de garde pour organiser chez nous l'usufruit paternel; et c'est dès lors par ces dispositions qu'il faut résoudre les questions qui peuvent être douteuses sous la loi nouvelle.

Or, Pothier nous apprend positivement que « la garde noble finit pour cause de débauche publique à l'égard d'une gardienne. » (Cout. d'Orléans, Introd. au titre *des Fiefs*, n° 346).

3° Aux termes de l'article 344, la mère d'une inconduite notoire peut être privée de la garde de la personne de ses enfants et de l'administration de leurs biens (*supra*, n 424).

Or, ne serait-il pas inique qu'elle conservât encore, après cela, l'usufruit de leurs biens, lorsqu'elle ne remplit aucune des conditions et des charges, dont cet usufruit est la récompense, lorsqu'elle les a au contraire scandaleusement violées (Limoges, 16 juillet 1807, Mergoux; et 2 avril 1810, Desvalois, Sirey, 1813, II, 290; Limoges, 23 juillet 1824, veuve L..., Sirey, 1826, II, 169; Delvincourt, t. I, p. 93, note 8; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 146; Vazeille, t. II, n° 431; Chardon, *du Dol et de la Fraude*, t. II, n° 328).

Cette opinion s'appuie sur des motifs très-respectables; et la loi aurait pu sans doute, elle aurait dû même peut-être en tenir compte. Mais elle ne l'a pas fait; et dans son silence, je crois qu'il nous est impos-

sible de prononcer une déchéance qu'aucun texte n'a formulée :

1° En effet, l'usufruit légal est acquis à la veuve ; il est dans son patrimoine, *in bonis ;* et il lui appartient, tant que la loi elle-même ne le lui enlève pas ;

Or, je le répète, aucun texte ne le lui enlève pour cause d'impudicité, même notoire. L'article 386 ne s'applique qu'à un second mariage ; et la veuve n'est pas remariée.

2° La loi, il est vrai, attache elle-même cette déchéance à certains faits d'immoralité de la part du père ou de la mère (art. 335 C. pén.).

Mais c'est un motif de plus pour ne pas appliquer cette privation pénale à d'autres faits, que ceux qu'elle a elle-même prévus et déterminés.

3° Il n'est pas absolument exact de dire que cette hypothèse réclame, *a fortiori*, en ce qui concerne les intérêts pécuniaires de l'enfant, la déchéance que prononce l'article 586 dans le cas d'un second mariage.

Car il n'est pas impossible que la mère, malgré ses déréglements, s'occupe encore de ses enfants, et ne détourne pas leurs revenus de la destination qu'ils doivent, avant tout, remplir.

Distinguerez-vous en conséquence, et n'enlèverez-vous l'usufruit légal qu'à la mère impudique qui n'en remplira pas les charges, pour les laisser à la mère d'une impudicité plus scandaleuse peut-être, qui néanmoins remplirait les conditions de l'usufruit paternel?

Mais ce serait là une autre question ; la question de savoir si l'usufruitier légal peut être déchu pour inexécution des conditions et des charges qui lui sont imposées. Nous allons bientôt la discuter.

Quant à présent, il ne s'agit que de l'impudicité de la veuve ; or je maintiens que cette impudicité, par

elle-même, n'est pas une cause légale de déchéance de l'usufruit.

4° Remarquez que la cessation prononcée par l'article 386 a lieu de plein droit, sans formalité aucune, par le seul fait de la célébration du second mariage.

Or, ici, au contraire, il vous faudrait une instruction et un jugement;

Donc, vous êtes en dehors de l'article 386.

5° A la vérité, l'article 444 permet d'enlever à la veuve, qui est d'une inconduite notoire, la garde de ses enfants.

C'est là une mesure de nécessité, une mesure je dirais presque d'ordre public, qu'il fallait indispensablement prendre.

Mais autre chose est la tutelle, autre chose la puissance paternelle; et la mère, même destituée de la tutelle, conserve la puissance paternelle, dans tous les droits, qu'un texte ne lui enlève pas.

Or, aucun texte ne lui enlève l'usufruit légal des biens de ses enfants, alors même qu'elle aurait perdu la tutelle pour cause d'inconduite notoire; nous examinerons même si par suite elle n'a pas, dans ce cas, le droit d'en conserver aussi en nature la possession et l'administration (comp. Aix, 30 juill. 1813, Bourdelon, Sirey, 1814, II, 70; Cass., 19 avril 1843, L... C. Martin, Dev., 1843, I, 385; Besançon, 1 août 1844, Seguin, Dev, 1846, II, 176; Duranton, t. III, n° 388; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 615; Massé et Vergé, t. I, p. 374; Marcadé, t. II, art. 386, n° 6; Taulier, t. I, p, 497; Demante, t. II, n° 131 *bis*, IV).

566. — 6° L'article 1442 est ainsi conçu :

« Le défaut d'inventaire, après la mort naturelle ou « civile de l'un des époux, ne donne pas lieu à la con- « tinuation de la communauté; sauf les poursuites des « parties intéressées, relativement à la consistance

« des biens et effets communs, dont la preuve pourra « être faite tant par titres que par la commune re- « nommée.

« S'il y a des enfants mineurs, le défaut d'inven- « taire fait perdre, en outre, à l'époux survivant la « jouissance de leurs revenus; et le subrogé tuteur, « qui ne l'a point obligé à faire inventaire, est soli- « dairement responsable avec lui de toutes les suites « des condamnations qui peuvent être prononcées au « profit des mineurs. »

Ce mode d'extinction, ou plutôt cette déchéance de l'usufruit légal, que l'article 1442 prononce contre l'époux survivant, est infiniment grave; et il importe d'en bien déterminer le sens et la portée.

Or, précisément, c'est là une tâche fort difficile; et les plus vives controverses sont encore engagées, en ce moment, sur cette disposition législative.

Deux points principaux doivent être l'objet de notre examen :

A. Dans le cas où l'article 1442 est applicable, quelles conditions l'époux survivant doit-il remplir pour n'être pas privé de l'usufruit paternel?

B. Dans quels cas l'article 1442 est-il applicable?

567. — A. D'après l'article 1442, l'époux survivant doit faire procéder à un inventaire régulier et fidèle dans un certain délai.

568. — L'inventaire, pour être régulier, doit être fait par le ministère d'un officier public (art. 451; Proudhon, *de l'Usufruit*, n° 165; *voy.* pourtant Cass., 1er juillet 1828, André Sirey, 1828, I, 386).

569. — Il doit être, bien entendu, fidèle et exact (art. 795); si donc l'époux survivant avait omis sciemment des effets qui devaient y être compris, il encourrait la déchéance de l'usufruit légal.

On invoquerait en vain, par analogie, les articles 792

et 801, pour soutenir que l'époux survivant ne doit alors être privé que de l'usufruit des effets par lui détournés.

L'article 1442 attache la déchéance du titre même d'usufruitier légal au défaut d'inventaire;

Or, un inventaire infidèle équivaut évidemment, pour le moins, au défaut d'inventaire;

Donc, la peine doit être encourue.

Et voilà bien ce qui résulte aussi des articles 792 et 801, qui tiennent pour non avenu l'inventaire infidèlement fait par l'héritier, puisqu'ils le déclarent héritier pur et simple (*voy.* aussi l'article 1460).

570. — Toutefois, il faut que les omissions ou les irrégularités aient été commises *sciemment et de mauvaise foi* (comp. art. 792, 801, 1460); il faut, comme dit Pothier, qu'elles aient été *malicieuses* (Introd. du tit. x de la coutume d'Orléans, n° 96); les omissions qui ne résulteraient que de l'ignorance, de l'oubli, de la négligence, ne donneraient donc pas lieu à la déchéance prononcée par l'article 1442 (Cass., 1er juillet 1828, André, Sirey, 1828, I, 386).

571. — Il faut enfin que l'inventaire soit fait dans un certain délai.

Mais quel est ce délai?

C'est un point très-controversé; et trois opinions sont en présence :

1° La première, enseignée par Proudhon (*de l'Usufruit*, t. I, nos 170 et suiv.), fait plusieurs distinctions :

Tantôt elle accorde au survivant tous les fruits, même ceux qui sont échus ou perçus depuis la mort du prédécédé et dès avant la confection de l'inventaire;

Tantôt elle lui refuse les fruits échus avant la confection de l'inventaire, et lui accorde ceux échus depuis;

D'autres fois, enfin, elle le déclare absolument privé de tous les fruits.

La base de cette opinion est celle-ci :

L'article 1442 ne détermine point le délai dans lequel le survivant devra faire l'inventaire; il subordonne seulement l'exercice de son droit à l'accomplissement de cette condition.

Est-ce à dire que tant qu'il n'aura pas satisfait à cette condition, il n'aura pas droit aux fruits échus depuis la mort du prédécédé, et que, d'un autre côté, l'inventaire une fois fait, à quelque époque que ce soit, lui donnera droit aux fruits échus depuis sa confection ?

Une telle conséquence ne serait pas raisonnable; et il est évident qu'il doit y avoir un délai, durant lequel il suffise au survivant de terminer l'inventaire pour avoir droit rétroactivement à tous les fruits; car enfin il faut bien qu'il ait le temps d'accomplir utilement la condition qu'on lui impose.

Quel sera ce délai ?

Diverses dispositions du Code Napoléon doivent, par analogie, le faire fixer à trois mois (art. 795, 1456, C. Nap., 174 procéd.), sauf la faculté d'en demander en justice la prorogation (art. 1459).

Terminé dans ce délai, l'inventaire conservera intact l'usufruit légal, avec jouissance à partir de la mort du prédécédé.

Mais après l'expiration de ce délai, pourra-t-il encore être fait utilement?

Il faut distinguer :

S'il est possible encore de le faire exactement, parce qu'aucune confusion ni aucun détournement des biens n'auraient eu lieu, et s'il est en effet dressé fidèlement et de bonne foi, l'époux survivant gagnera les fruits des biens de ses enfants, à partir de la confec-

tion de cet inventaire; mais quant aux fruits échus avant cet inventaire tardif, il n'y aura pas droit, puisque la condition sous laquelle ils lui étaient accordés, n'a pas été remplie (*voy.* Pothier, *Traité de la Garde noble*, sect. III, art. 2, § 1).

Si au contraire l'inventaire tardif ne peut pas être fait convenablement, s'il est nécessaire que les enfants, pour reconnaître ce qui leur appartient, aient recours aux enquêtes par commune renommée, alors l'usufruit légal est tout à fait perdu pour le survivant, puisque la condition de son exercice n'a pas été remplie et ne peut plus l'être.

572. — 2° La seconde opinion reconnaît également que si l'inventaire est fait dans les trois mois qui suivent la mort du prédécédé, le survivant a droit aux fruits échus depuis cette époque (ce qui ne peut être douteux en effet pour personne).

Mais cette opinion ajoute que si au contraire l'inventaire n'est pas fait dans les trois mois, ou dans la prorogation de ce délai qui aurait été accordée par la justice, le survivant n'est plus à temps de le faire et qu'il est nécessairement et irrévocablement déchu de l'usufruit légal.

Pourquoi la loi impose-t-elle à l'époux survivant l'obligation de faire inventaire?

C'est par un motif très-grave et dans un intérêt très-important. C'est afin de conserver aux enfants leur fortune, afin d'empêcher les recélés, les détournements qui pourraient être commis à leur préjudice, et toute confusion de leurs biens propres avec ceux du survivant.

Or, il est clair que ce but ne peut être atteint qu'autant que l'inventaire sera fait dans un délai assez bref. Le moyen, en effet, de reconnaître et de distinguer, après un long intervalle, les divers effets mobiliers

qui dépendaient de la communauté! La preuve par commune renommée est un moyen extrême, et une dernière ressource, très-incertaine et très-chanceuse, à laquelle il ne faut recourir que le moins possible.

Donc, la loi a dû nécessairement déterminer un délai fatal, sans lequel cette importante disposition serait vaine.

Et ce délai, c'est certainement celui de trois mois.

La preuve en résulte des articles 795, 1456 et 1465; et si l'article 1442 ne le mentionne pas en termes exprès, c'est sans doute qu'il a paru suffisant de s'y référer virtuellement.

Déjà, sous l'ancien droit, on pensait aussi que l'inventaire devait être fait dans le délai de trois mois déterminé par l'ordonnance de 1667. Le président de Lamoignon, dans ses arrêtés célèbres, s'exprimait ainsi :

« Est tenu le gardien de faire faire inventaire des meubles, titres et papiers appartenant au mineur..., *dans les trois mois, du jour de l'acceptation ; et ce temps passé*, demeurera déchu du profit de la garde noble. » (Titre *de l'État des personnes*, n° 35; Pothier, *loc. supra cit.;* Douai, 15 nov. 1833, Ducaurroy, Dev., 1834, II, 189; Toullier, t. XIII, n°s 16, 17; Duranton, t. III, n° 389; Taulier, t. V, p. 120; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 467; Pierre Odier, *Traité du Contrat de mariage*, t. I, n° 363; Pont et Rodière, t. I, 770; Marcadé, t. V, art. 1442, n° 3.)

373. — 3° Enfin, d'après une troisième opinion, que la jurisprudence paraît devoir consacrer, c'est aussi dans le délai de trois mois que l'inventaire doit être fait par le survivant.

Mais ce délai n'est point nécessairement fatal; et lors même que le survivant a laissé passer les trois mois sans avoir fait l'inventaire, et même sans avoir

obtenu en justice une prorogation de délai, il appartient encore aux magistrats de ne point le déclarer déchu de son usufruit légal, si le retard de l'inventaire résulte de circonstances indépendantes de sa volonté et si d'ailleurs il ne mérite lui-même aucun reproche.

Le principal argument de cette opinion (d'accord en cela avec celle que nous avons exposée plus haut, n 571), c'est que l'article 1442, en prononçant la déchéance de l'usufruit légal contre le survivant pour défaut d'inventaire, ne détermine pas le délai dans lequel cet inventaire devra être fait pour que la déchéance soit inévitablement encourue.

Quatre articles, dans le Code Napoléon, sont relatifs à cette obligation de faire inventaire; et aucun d'eux n'autorise à prononcer contre l'époux une déchéance fatale et inexorable :

1° L'article 451 exige que le tuteur fasse procéder à l'inventaire dans les dix jours de sa nomination.

2° L'article 600 oblige l'usufruitier à faire procéder à l'inventaire des biens soumis à son usufruit, avant d'entrer en jouissance.

3° L'article 795 accorde à l'héritier trois mois à partir de l'ouverture de la succession; mais l'article 800 lui laisse encore la faculté de faire inventaire après l'expiration des délais accordés par l'article 795, et même de ceux accordés par le juge, s'il n'a pas fait d'ailleurs acte d'héritier.

4° Enfin les articles 1456 et 1465 assujettissent la femme survivante à faire inventaire dans le délai de trois mois, si elle veut conserver la faculté de renoncer à la communauté ou de n'être tenue vis-à-vis des créanciers que jusqu'à concurrence de son émolument.

Dans tous ces articles, il ne se trouve rien d'où l'on puisse induire contre le survivant la déchéance

fatale de l'usufruit paternel pour défaut d'inventaire dans un certain délai.

Et surtout si c'est le mari qui a survécu, on ne peut citer contre lui aucun texte qui lui fixe un délai quelconque pour faire l'inventaire sous peine de déchéance de son usufruit.

Tels sont, sur ce point, les textes.

Sans doute, on peut, on doit même, par voie d'analogie et d'interprétation, fixer à trois mois le délai dans lequel le survivant devra faire l'inventaire prescrit par l'article 1442.

Mais cette fixation de délai n'étant que le résultat de l'interprétation doctrinale, et n'étant point assise sur une base très-solide, il n'en faut pas induire des conséquences trop rigoureuses.

Supposez, par exemple, que si le survivant n'a pas fait l'inventaire dans les trois mois à partir du décès de son conjoint, c'est parce qu'il n'a pas eu connaissance de ce malheur qui venait de le frapper; il était lui-même, à ce moment, atteint d'une maladie grave, et sa famille a cru de son devoir le plus impérieux de lui cacher, pendant quelque temps, la mort de son conjoint (Caen, 18 août 1838, Guillouet, *Rec. de Caen*, t. II, p. 373);

Ou bien c'est le notaire chargé de l'inventaire qui tombe lui-même malade, et qui n'achève pas son opération dans le délai de trois mois (Caen, 18 août 1842, Hubert, Dev., 1843, II, 49).

D'ailleurs, nulle fraude! bonne foi incontestée!

Ne serait-il pas, dans ces différents cas, d'une rigueur extrême, et qui irait jusqu'à l'injustice, de prononcer contre le survivant la déchéance de son usufruit?

Cette dernière solution, n'est pas, j'en conviens, très-nette; il faut même avouer qu'elle a quelque chose d'arbitraire.

Mais à qui la faute?

Je crois aussi qu'il est regrettable que l'article 1442 ait gardé le silence sur le délai dans lequel l'inventaire devra être fait par le survivant sous peine de déchéance.

Mais je crois avoir prouvé que ce silence existe. On peut bien présumer, il est vrai, qu'il a été dans l'intention du législateur que l'inventaire fût fait dans le délai de trois mois; mais après tout, ce délai n'est pas écrit dans la loi, et on conçoit dès lors que les magistrats ne déclarent pas la déchéance nécessairement encourue, par le seul fait de l'expiration d'un délai dont la légalité même est contestable (comp. aussi Bourges, 14 févr. 1859, Billard, Dev., 1860, II, 113).

574. — Pareillement, nous ne pouvons admettre que le délai de dix jours, imposé par l'article 451, au tuteur, pour commencer l'inventaire, doive être combiné avec l'article 1442, de manière que la déchéance serait encourue, si l'inventaire n'était pas commencé dans ce délai (*voy.* toutefois Toullier, t. XIII, n° 16).

L'article 1442 ne définit pas plus le délai dans lequel l'inventaire devra être commencé *sous peine de déchéance de l'usufruit légal*, qu'il ne définit le délai dans lequel il devra être achevé sous cette même peine (Odier, *du Contrat de mariage*, t. I, n° 364; comp. notre, *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. I, n° 550).

575. — B. Reste à savoir maintenant dans quels cas l'article 1442 est applicable, c'est-à-dire dans quels cas le défaut d'inventaire des biens de l'enfant, entraîne contre le père ou la mère la déchéance de l'usufruit légal.

Et d'abord, que l'article 1442 ne s'applique pas seulement au cas où les époux étaient mariés sous le régime de la communauté légale;

Qu'il s'applique tout aussi bien au cas où ils avaient adopté la communauté conventionnelle (art. 1528), cela n'est douteux pour personne (*voy.* toutefois *infra*, n° 578).

576. — Mais c'est au contraire une question difficile et très-controversée que celle de savoir si l'article 1442 est applicable lorsque les époux étaient mariés sous le régime dotal ou sous le régime d'exclusion de communauté ou de séparation de biens.

L'affirmative a des partisans, au premier rang desquels il faut placer M. Pont, qui, après l'avoir enseignée dans le très-estimable ouvrage qu'il a publié, de concert avec M. Rodière (*Traité du Contrat de mariage*, t. I, n°s 763, 764) l'a encore soutenue depuis avec plus de développements dans la *Revue de législation* (t. III, année 1847, p. 37 et suiv.).

Voici ses motifs :

1° L'article 1442 renferme deux dispositions distinctes, et le second alinéa n'est pas du tout la suite du premier.

La première disposition s'adresse à *l'époux* survivant; et celle-là, en effet, est spécialement propre au régime de la communauté.

La seconde s'adresse *au père ou à la mère* survivant, lorsqu'il y a des enfants mineurs, sur les biens desquels il a un droit d'usufruit; et celle-ci n'appartient pas plus au régime de la communauté qu'à tout autre régime matrimonial.

En effet, le droit d'usufruit paternel est indépendant des conventions matrimoniales, que les père et mère de l'enfant ont pu adopter; et dès lors on ne concevrait pas que la loi eût fait, dans les devoirs de l'usufruitier paternel, une différence fondée sur une circonstance qui n'est, à cet égard, d'aucune espèce d'intérêt.

Tout usufruitier doit faire inventaire; voilà le principe.

A la vérité, l'usufruitier ordinaire n'est pas tenu d'y procéder dans un certain délai sous peine de déchéance; et l'article 600 se borne à déclarer qu'il ne peut entrer en jouissance qu'après avoir fait dresser l'inventaire.

Mais c'est au maître de la nue propriété qu'il appartient de surveiller et d'exiger de lui l'accomplissement de cette condition; c'est au maître de la nue propriété lui-même que la loi laisse ce soin.

Ici, au contraire, le nu-propriétaire, c'est l'enfant de l'usufruitier! c'est son enfant mineur! et la loi devait dès lors pourvoir elle-même à sa garantie.

C'est ce qu'elle a fait par la seconde disposition de l'article 1442, qui n'est autre chose qu'une sanction de l'article 600, en ce qui concerne l'usufruit paternel;

Or, l'usufruitier paternel a toujours l'obligation de faire inventaire, sous quelque régime qu'il ait été marié avec son conjoint (ce qui importe ici très-peu);

Donc, cette obligation, toujours la même, doit être toujours garantie par la même sanction; donc, l'article 1442 est toujours applicable.

2° L'erreur de l'opinion contraire vient de ce qu'elle a cru que le second alinéa de l'article 1442 avait eu pour but de remplacer, par la perte de l'usufruit paternel, la continuation de communauté que le défaut d'inventaire faisait durer autrefois contre le survivant.

Mais il n'en est pas ainsi; et quelques explications historiques suffiront pour le prouver.

Il y avait autrefois (comme aujourd'hui) deux hypothèses possibles, qui donnaient lieu à deux situations très-distinctes :

Ou les époux avaient été mariés sous le régime de la communauté ;

Ou ils avaient été mariés sous tout autre régime.

Dans le premier cas, c'est-à-dire lorsque les père et mère avaient été mariés sous le régime de la communauté, le survivant était aussi tenu de faire inventaire; mais l'objet de cette formalité était alors tout spécial; cet inventaire était le moyen et l'instrument de la liquidation à faire de la communauté dissoute; c'était un devoir de l'époux survivant, considéré comme époux, et non pas un devoir du père ou de la mère considéré comme gardien ; et la continuation de la communauté était uniquement la sanction de cette obligation d'inventaire imposée à *l'époux* survivant.

Quant à la jouissance du gardien, on n'avait pas cru, dans ce cas, qu'il fût nécessaire de s'en occuper spécialement ni d'attacher une peine particulière au défaut d'inventaire, parce que, par l'effet de la continuation de la communauté, tous les fruits et revenus perçus par le survivant tombaient dans cette communauté, qui se continuait entre lui et ses enfants.

Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque les père et mère n'étaient pas mariés sous le régime de la communauté (ce qui était certainement possible, même sous l'ancienne législation coutumière), le survivant n'était pas, bien entendu, obligé de faire inventaire de la communauté, puisqu'il n'y avait pas eu de communauté; mais il était obligé, comme gardien, de faire inventaire des biens de ses enfants.

Quelle était alors la sanction de cette obligation? Quelle était la peine du défaut d'inventaire?

Ce ne pouvait pas être évidemment la continuation de communauté, puisque, encore une fois, il n'y avait pas de communauté.

C'était donc là autrefois une question très-grave et très-agitée.

Les uns soutenaient que l'inventaire étant une condition de la jouissance du gardien, cette jouissance devait lui être enlevée pour défaut d'accomplissement de cette condition;

Les autres, au contraire, prétendaient que la déchéance de l'usufruit serait une peine, et que cette peine, n'étant pas écrite, ne pouvait pas être prononcée.

Voilà les traditions; et désormais le sens de l'article 1442 devient très-clair.

Chacune des deux parties de cet article correspond à chacune des deux situations que nous venons d'indiquer, et qui se reproduisent aujourd'hui comme autrefois.

La première partie de l'article 1442 concerne *l'époux* survivant, commun en biens, dans ses rapports avec les héritiers, quels qu'ils soient, de son conjoint prédécédé, et elle abroge l'ancienne règle de la continuation de communauté.

La seconde partie concerne le père ou la mère survivant, commun ou non commun en biens, dans ses rapports avec ses enfants mineurs; et, tranchant l'ancienne controverse, elle le déclare déchu de son usufruit légal pour défaut d'inventaire. Mais il est clair que cette déchéance ne remplace pas alors la continuation de communauté, qui n'avait pas lieu autrefois dans ce cas. La solidarité prononcée contre le subrogé tuteur prouve elle-même de plus en plus qu'il s'agit ici, non pas de *l'époux*, mais *du père* ou *de la mère*, envisagé comme tuteur, ou plutôt comme usufruitier légal.

3° Ces motifs, en prouvant que le second alinéa de l'article 1442 renferme une disposition générale,

prouvent en même temps qu'il n'y a rien à induire de la place qu'il occupe dans le chapitre relatif à la communauté.

C'est qu'en effet, beaucoup de dispositions de ce chapitre, qui forme le droit commun des conventions matrimoniales, doivent être étendues aux autres régimes.

Est-ce que, par exemple, la disposition de l'article 1408 n'est pas appliquée sous tous les régimes matrimoniaux?

Est ce que, pour ne pas sortir de notre article 1442, la preuve par commune renommée, autorisée par le premier alinéa, n'est pas admise contre l'époux survivant, alors même qu'il n'aurait pas été marié sous le régime de la communauté?

4° Objectera-t-on enfin que la seconde disposition de l'article 1442 a un caractère pénal, et qu'elle doit d'autant moins être étendue aux régimes autres que la communauté, que les motifs ne sont pas les mêmes, ni les dangers aussi grands?

Il ne faut pas étendre les dispositions pénales!

Sans doute; et nul ne proposera, par exemple, d'appliquer l'article 1442 à un usufruitier conventionnel. Mais ce n'est pas étendre l'article 1442 que de l'appliquer, dans tous les cas, à l'usufruitier légal, puisque c'est l'usufruit légal qu'il a, dans tous les cas, en vue.

Les dangers ne sont pas les mêmes!

Mais quel est donc le danger auquel l'inventaire a pour but de pourvoir? c'est le danger des recelés, des détournements, de la confusion enfin des biens personnels de l'enfant avec les biens du survivant; or, il est clair que ce danger existe, un peu plus ou un peu moins, mais toujours et très-sérieusement dans tous les cas. L'hypothèse dans laquelle tous les droits de la

femme sous le régime dotal, ou sous le régime d'exclusion de communauté, seraient exactement constatés par le contrat de mariage ou par d'autres titres, cette hypothèse n'est pas certes la plus fréquente. Est-ce que la femme d'ailleurs ne peut pas laisser des biens paraphernaux dont le mari se trouvera en possession lors de son décès, et dont le plus souvent il avait déjà l'administration du vivant de sa femme? Est-ce que, en effet, même sous le régime de la séparation de biens, il n'arrive pas le plus souvent que les biens de la femme entrent dans les mains du mari? (Comp. art. 1539, 1577, 1580.) Est-ce qu'enfin, dans tous les cas, si c'est le mari qui prédécède, la femme survivante ne se trouvera pas en possession de tous ses biens personnels? et la nécessité d'un inventaire n'est-elle pas alors évidente? (Ajout. Toullier, t. XIII, n° 10, Battur, t. II, n° 620.)

577 — Je ne crois pas, malgré ces motifs, que cette doctrine doive être suivie; et mon sentiment est au contraire que la déchéance prononcée par l'article 1442 contre le survivant, pour défaut d'inventaire, n'est applicable qu'au cas où les époux étaient mariés sous le régime de la communauté :

1° La proposition fondamentale de la doctrine que je viens d'exposer, consiste à dire que les deux alinéa de l'article 1442 constituent deux dispositions distinctes et indépendantes l'une de l'autre, et qui règlent deux situations différentes.

Or, précisément, cette proposition me paraît inexacte.

Et d'abord, elle est contraire au texte même de l'article 1442. Il est évident, à la première vue de ce texte, que les deux parties, dont il se compose, s'appliquent à la même hypothèse, et que la seconde n'est que la suite et le complément de la première.

Il s'agit, dans la première partie, *du défaut d'inventaire des biens de la communauté ;*

Et la seconde partie, ajoutant dans les mêmes termes, que le *défaut d'inventaire* fait perdre, *en outre*, à l'époux survivant la jouissance des biens de ses enfants, reste certainement dans la même hypothèse.

C'est ce que les auteurs de la loi ont d'ailleurs déclaré en termes très-explicites :

« .... La dissolution de la communauté, qui s'opère par la mort naturelle, recevait, dans plusieurs coutumes, une exception que notre projet a rejetée ; c'est celle qui, à défaut d'inventaire, faisait continuer la communauté entre le survivant et ses enfants.

« .... Tant d'embarras ne doivent point renaître, quand on a d'ailleurs un moyen simple et facile d'atteindre le but qu'on se propose. De quoi s'agit-il, en effet ? de veiller à la conservation des droits qui appartiennent aux enfants du mariage. Mais de deux choses l'une : ou ils sont majeurs, ou ils ne le sont pas.

« S'ils sont majeurs et qu'ils ne provoquent pas l'inventaire, ils partagent la faute de l'époux survivant ; il ne leur est dû aucune indemnité.

« S'ils sont mineurs, leur subrogé tuteur, qui aura négligé de faire procéder à l'inventaire, en deviendra personnellement responsable envers eux ; et l'époux survivant perdra de plus les droits que la loi lui accordait sur les revenus de ses enfants. Voilà la peine.

« .... Cet ordre de choses a paru bien préférable à ce qui était autrefois pratiqué seulement dans quelques coutumes.... » (C'est-à-dire évidemment à la continuation de la communauté.) (Berlier, Exposé des motifs).

2° Il faut donc tenir pour certain que l'article 1442 tout entier a eu pour but de substituer à la continuation de communauté, qui résultait du défaut d'inven-

taire, la déchéance de l'usufruit légal, et qu'il n'est dès lors relatif qu'au cas où les époux étaient mariés sous le régime de la communauté.

Cela posé, il ne s'agit plus que de savoir si nous pouvons l'étendre au cas où les époux étaient mariés sous tout autre régime.

Or cette extension ne me paraît pas permise :

D'abord, parce qu'il s'agit d'une disposition rigoureuse et pénale ;

Ensuite, parce que les motifs de cette disposition ne se présentent pas, sous les autres régimes, avec la même gravité.

Mais, nous dit-on, vous étendez bien à d'autres régimes la preuve par commune renommée autorisée par l'article 1442 ! vous étendez bien aussi l'article 1408 !

Il est vrai; mais ni la preuve par commune renommée (*voy.* art. 1415, 1504), ni le retrait autorisé par l'article 1408 n'ont ce caractère de déchéance et de pénalité, qui éclate dans la déchéance de l'usufruit paternel. C'est alors en effet dans un droit qui lui appartient, dans un usufruit qui est *in bonis ejus*, que le survivant est atteint; or c'est là une peine infiniment grave ; et voilà précisément pourquoi beaucoup d'auteurs autrefois ne voulaient pas attacher la déchéance de la garde au défaut d'inventaire. « On ne doit pas, dit Pothier, établir des peines que la loi n'a pas prononcées. » (*Traité de la Garde noble*, sect. III, art. 2, § 1.)

Il est d'ailleurs impossible de nier que les dangers soient plus sérieux et la nécessité de l'inventaire plus grande sous le régime de la communauté que sous les autres régimes.

Sous le régime de la communauté, en effet, la confusion est la règle ; c'est en cela même, c'est dans cette confusion que la communauté consiste !

Tandis que dans les autres cas, c'est par accident seulement que la confusion pourrait avoir lieu !

Ajoutez que le mari survivant pourrait, lorsqu'il y a eu communauté, créer des dettes frauduleuses, au moyen d'antidates qui reporteraient l'obligation à une époque antérieure à la dissolution de la communauté; moyen de fraude qu'il n'a pas sous les autres régimes (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. I, n° 569; Toulouse, 19 décembre 1839, de Jarry, Dev., 1840, II, 164; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n°s 161, 162; Duranton, t. III, n° 390; Bellot des Minières, *du Contrat de mariage*, t. II, n° 84; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 375; Taulier, t. V, p. 120; Odier, *du Contrat de mariage*, t. I, n° 366; Bressolles, réfutation de l'article de M. Pont, *Revue de législation* t. II, année 1848, p. 301 et suiv.; Marcadé, t. V, art. 1442, n° 3).

578. — La Cour de Caen a même jugé, par application de ces principes, que la disposition *exceptionnelle et pénale de l'article* 1442 n'était pas applicable au cas où les époux avaient stipulé une société ou communauté d'acquêts, parce qu'en fait, et d'après le contrat de mariage, cette communauté ne devant comprendre que les immeubles et les rentes, un inventaire n'était point indispensable pour en constater la consistance (quatrième chambre, 7 juillet 1845, Tostain, *Rec. de Caen*, t. IX, p. 616).

579 — A plus forte raison n'appliquerons-nous pas la déchéance prononcée par l'article 1442 :

Au père, qui, durant le mariage, n'aurait pas fait dresser l'inventaire des biens échus à ses enfants;

Ou au survivant, qui aurait négligé de faire dresser l'inventaire des biens qui leur proviendraient d'une autre origine que de la communauté dissoute.

Dans le système que nous avons combattu, et d'après

lequel l'article 1442 serait applicable même au cas où les époux étaient mariés sous le régime dotal, il faudrait, pour être conséquent, l'appliquer dans tous les cas où le père ou la mère, soit pendant le mariage, soit après la dissolution du mariage, aurait négligé de faire l'inventaire des biens échus, à quelque titre que ce soit, à ses enfants.

Et cette conséquence a été, en effet, acceptée par Toullier, qui l'enseigne positivement (t. XIII, n° 9; *voy.* aussi Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n°s 168, 169).

Mais cette exagération même est une preuve de plus que l'article 1442 doit être renfermé dans la seule hypothèse, pour laquelle il a été fait.

Il est vrai que le défaut d'inventaire des biens de l'enfant ne se trouve, dans notre doctrine, atteint par aucune peine, hors le cas prévu par l'article 1442.

Mais c'est à la loi seule qu'il appartiendrait de combler cette lacune (comp. Dijon, 17 janv. 1856, Simonin, Dev., 1856, II, 349; Duranton, t. III, n° 390; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 375; Aubry et Rau, t. IV, p. 616; Demante, t. II, n° 132 *bis*, V).

380. — D'après tout ce que j'ai dit, il n'est pas maintenant douteux que je considère comme totale et complète la déchéance de l'usufruit légal prononcée par l'article 1442.

L'opinion contraire a toutefois été soutenue; et il en est qui prétendent que le survivant n'est privé que de l'usufruit des biens provenant à ses enfants de la communauté, qu'il n'a pas inventoriée.

Toullier paraît étendre la déchéance de l'usufruit à tous les biens présents de l'enfant, à ses biens déjà acquis même à d'autres titres; mais il refuse de l'étendre aux biens que les enfants peuvent acquérir depuis la dissolution de la communauté (t. XIII, n° 8;

ajout. aussi Caen, deuxième chambre, 5 décembre 1833, Lemasurier).

Mais le texte de l'article 1442 me paraît formel en sens contraire.

L'article 1442 enlève à l'époux survivant *la jouissance des revenus* de son enfant [1], de tous ses revenus donc, sans distinction; c'est le droit même d'usufruit qui est perdu (*voy.* Berlier, Exposé des motifs, *supra*, n° 577; Caen, 23 février 1843, Cheradame, *Rec. de Caen*, t. VII, p. 75; Trib. civ. de Clamecy, 15 avril 1858, Billard, Dev., 1860, II, 113; Zachariæ, t. III, p. 468; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 169; Allemand, *du Mariage*, t. II, n° 1130; Marcadé, t. V, art. 1442, n° 3).

B. *Des modes d'extinction de l'usufruit paternel communs à l'usufruit en général.*

581. — L'usufruit paternel s'éteint encore, bien entendu, par les mêmes événements qui mettent fin à l'usufruit ordinaire.

582. — Il en est pourtant quelques-uns qui, par la nature même des choses, ne sauraient lui être applicables.

Ainsi, par exemple, il est bien clair que le non-usage pendant trente ans (art. 617) ne saurait être un

1. La rédaction est étrange; l'usufruitier légal a bien plus vraiment que la jouissance des revenus; il en acquiert la propriété par l'effet de la jouissance qu'il a des biens eux-mêmes.

C'est par une faute de rédaction semblable que l'article 582 porte que l'usufruitier a le droit de *jouir de toute espèce de fruits*.... L'usufruitier a le droit de jouir de la chose elle-même; et, en vertu de ce droit, il acquiert la propriété des fruits.

La même inexactitude se retrouve dans l'article 630 :

« Celui qui a l'usage des fruits d'un fonds, » etc.

L'usage s'applique au fonds lui-même; et l'usager du fonds devient propriétaire de la portion des fruits à laquelle il a droit.

mode d'extinction de l'usufruit paternel, qui ne peut jamais avoir au plus qu'une durée de dix-huit ans.

583. — Le mode d'extinction par la perte totale de la chose (art. 617, 622), n'étant applicable qu'à l'usufruit particulier d'un corps certain et déterminé (art. 624), ne saurait concerner non plus l'usufruit légal, qui comprend l'universalité des biens de l'enfant.

584. — La consolidation elle-même, c'est-à-dire la réunion sur la même tête des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire (art. 617), ne peut être non plus que très-rarement un mode d'extinction de l'usufruit paternel, puisque le père ou la mère ne peut régulièrement devenir acquéreur des biens de ses enfants mineurs.

585. — Restent donc :

1° La mort de l'usufruitier;

2° La renonciation de l'usufruitier à son droit;

3° L'abus de jouissance.

586. — 1° Que la mort de l'usufruitier légal mette fin à son droit, cela est d'évidence.

Seulement, si c'est le père usufruitier qui meurt, l'usufruit ne finit sur sa personne que pour commencer sur la tête de la mère, si elle lui survit.

587. — 2° Chacun peut renoncer à ses droits privés et particuliers;

Or, la jouissance légale constitue, dans la personne du père ou de la mère, un bien privé, un droit particulier;

Donc, ils peuvent y renoncer.

Il est vrai que la loi, pour leur accorder cette jouissance, s'est aussi déterminée par certains motifs d'ordre général et d'utilité publique (*supra*, n° 479). Mais ces motifs ne sont pas tels, qu'elle ait dû imposer aux père et mère, malgré eux, cet usufruit; elle le leur

offre, au contraire, comme un avantage, comme une indemnité de leurs soins et de leurs peines; ils peuvent donc y renoncer.

On objecterait vainement encore que le père ou la mère était libre de ne pas accepter l'usufruit légal, mais qu'après l'avoir accepté, il est engagé par son acceptation, comme par un quasi-contrat; engagé envers la loi et envers ses enfants à subir, jusqu'au bout, toutes les conséquences, bonnes ou mauvaises, de cette acceptation.

Rien n'annonce que les rédacteurs du Code Napoléon aient voulu attacher à l'acceptation de l'usufruit légal cette irrévocabilité exorbitante.

L'usufruitier ordinaire peut renoncer au droit qu'il avait d'abord accepté, de quelque cause qu'il procède, legs, donation entre-vifs, ou contrat à titre onéreux; cette faculté n'est que la conséquence d'une règle du droit commun, qui permet à chacun de renoncer à ce qui lui appartient et d'abdiquer son droit. Et puisque aucun texte n'enlève cette faculté à l'usufruitier paternel, il faut reconnaître qu'elle lui appartient. Il n'y a là rien de contractuel, rien de conventionnel; l'usufruit est conféré au père ou à la mère par la loi, comme tout autre usufruit peut être conféré par un titre quelconque; l'usufruitier légal a donc, comme tout autre usufruitier, le droit d'y renoncer. La loi y met des conditions et des charges, sans doute, mais tout usufruit a ses charges; et cela n'empêche pas la faculté de renonciation. Les charges ne sont imposées à l'usufruitier qu'autant qu'il conserve l'usufruit (*supra*, n° 488; comp. notre *Traité des Successions*, t. IV, n° 444).

388. — On doutait autrefois si le gardien, qui avait plusieurs enfants, pouvait accepter la garde à l'égard de l'un de ses enfants et y renoncer à l'égard

des autres (*Nouveau Denizart*, t. IX, v° *Garde noble*, § 6, n° 6).

Pothier, dans son *Introduction au titre des Fiefs*, (n° 328), déclare que cette distinction a un motif d'avarice, qui choque la bienséance, et il ne permet pas au gardien d'accepter la garde avantageuse de l'un et de répudier la garde moins avantageuse de l'autre.

Mais, dans son *Traité de la Garde noble* (sect. II, § 1), il enseigne qu'il y a autant de droits de garde qu'il y a d'enfants, et qu'aucun principe ne s'oppose à l'acceptation de l'un et à la répudiation de l'autre.

Cette dernière proposition nous paraît aujourd'hui incontestable.

Aucun texte, ni aucun principe, comme dit Pothier, n'empêche donc l'usufruitier légal de renoncer à sa jouissance sur les biens de l'un de ses enfants et de la conserver sur les biens de l'autre ou des autres.

589. — Quant à la forme de cette renonciation, nous nous en sommes expliqué plus haut (*supra*, n° 489).

590. — En ce qui concerne les effets de la renonciation, deux points sont à résoudre :

1° N'a-t-elle d'effet, activement et passivement, que pour l'avenir? ou au contraire opère-t-elle rétroactivement et résolutoirement, si je puis dire ainsi, dans le passé?

2° Pourrait-elle être révoquée à la requête des créanciers de l'usufruitier légal, auxquels elle causerait préjudice?

1° Le père (ou la mère) a accepté l'usufruit légal;

Il est donc obligé d'acquitter : 1° les intérêts et arrérages dus par la personne à laquelle l'enfant a succédé; 2° les frais funéraires et ceux de dernière maladie de cette personne; 3° les frais de nourriture, d'entretien

et d'éducation des enfants; 4° les autres charges auxquelles sont tenus les usufruitiers.

Mais ensuite, il déclare renoncer à son usufruit légal.

Est-il par là déchargé de ses obligations même *in præteritum?*

Une opinion enseigne que le père peut se soustraire, même pour le passé, à l'engagement personnel qu'il avait contracté; qu'il le peut *en renonçant à son usufruit pour l'avenir et en restituant les fruits qu'il a déjà perçus* (Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 613).

Nous examinerons plus tard la question de savoir quel est, sous ce rapport, l'effet de la renonciation que l'usufruitier ordinaire aurait faite à son droit, et s'il est vrai qu'il puisse, en restituant les fruits par lui perçus, se décharger aussi dans le passé des obligations qui ont pesé sur lui, tant que son usufruit a duré.

La question, nous le savons, est controversée (Pothier, *Traité du Douaire*, n° 237; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. V, n°s 2184, 2192; Duranton, t. V, n° 623; Marcadé, t. II, art. 605, n° 3).

Mais, dès à présent, nous déclarons, en ce qui concerne l'usufruit légal, que sa renonciation ne nous paraît pas pouvoir l'affranchir, dans le passé, des obligations qu'il a contractées en acceptant la jouissance légale, ni de celles qui ont pesé sur lui, tant que cette jouissance a duré.

L'argument unique de l'opinion contraire est celui-ci:

Les charges, dont l'usufruitier légal est tenu, ne sont que des charges réelles;

Or, il est de la nature de ces sortes de charges de n'obliger la personne que *propter rem*, en tant que la personne détient la chose, qui est la cause de son obligation;

Donc, si l'usufruitier légal restitue, même dans le

passé, les fruits par lui perçus, il s'affranchit aussi, même dans le passé, d'une obligation qui désormais n'a plus de cause.

Je réponds que la *renonciation* à l'usufruit légal n'est pas la *résolution* de ce droit, qu'elle l'éteint sans doute pour l'avenir, mais qu'elle ne fait pas, et qu'elle ne peut pas faire qu'il n'ait pas existé, tant que la renonciation n'avait pas eu lieu;

Or, si l'usufruit a existé, si le père (ou la mère) a été dans le passé, usufruitier légal, si cette qualité n'est nullement effacée et résolue, la conséquence en est qu'il ne cesse pas d'être tenu des charges attachées à ce titre, jusqu'au moment où il a cessé de l'avoir.

Ce sont des charges réelles!

Eh! oui, sans doute, en ce sens qu'on peut les abdiquer en renonçant pour l'avenir; en ce sens que ces charges sont la conséquence de la possession et de la jouissance; qu'elles en sont contemporaines;

Et de là précisément cette double conséquence, très-logique des deux côtés:

1° Pour tout le temps que vous aurez eu, dans le passé, la jouissance des biens, vous supporterez les charges;

2° Pour l'avenir et à partir de votre renonciation à la jouissance, vous serez affranchi de ces charges.

Telle paraissait être en effet l'opinion générale des anciens auteurs, en matière de droit de garde (*Nouveau Denizart*, t. IX, v° *Garde noble*, § 6, n°s 10, 11; Pothier, *Traité de la Garde noble*, sect. III, art. 2, § 7).

Je conclus donc que malgré sa renonciation, l'usufruitier légal reste tenu, envers l'enfant, d'acquitter:

1° Les intérêts et arrérages dus par la personne à qui l'enfant a succédé; comme aussi les frais fu-

néraires et ceux de dernière maladie de cette personne;

2° Les frais d'entretien, de nourriture et d'éducation des enfants, correspondant au temps de sa jouissance;

3° Les autres charges, telles que réparations des biens, correspondant aussi à cette jouissance (comp. Lyon, 16 févr. 1835, de Glavenas, D., 1835, II, 111; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, nos 216, 217, 224, 225).

591. — Et cette conclusion, je l'applique également au cas où l'usufruit légal viendrait à s'éteindre autrement que par la renonciation du père ou de la mère, par exemple, par la mort de l'enfant survenue même très-peu de temps après l'ouverture de l'usufruit.

Cela est grave, sans doute; et il est bon que l'usufruitier légal y réfléchisse.

Il se peut que la très-courte durée de l'usufruit ne lui laisse pas le temps de recueillir assez de revenus pour faire face aux obligations qu'il aurait contractées par son acceptation.

Il y avait, par exemple, sept ou huit mille francs d'arrérages à payer; et le revenu annuel de tous les biens n'était que de cinq mille francs.

L'usufruit légal n'a duré qu'un an.

L'usufruitier sera en perte de deux ou de trois mille francs.

Tel est le résultat de cet usufruit tel que la loi l'a organisé.

C'est une sorte de forfait, c'est un droit aléatoire, par suite duquel il peut arriver que l'usufruitier légal se trouve engagé *ultra vires*, soit à cause de l'insuffisance des revenus comparativement aux charges, soit à cause de la courte durée que l'usufruit aurait eue.

592. — 2° En règle générale, les créanciers peuvent, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits (art. 1167);

et l'article 622 fait l'application de cette règle à l'usufruitier :

« Les créanciers de l'usufruitier peuvent faire an-
« nuler la renonciation qu'il aurait faite au préjudice
« de leurs droits. »

Cet article est-il applicable à l'usufruit paternel?

Une distinction nous paraît devoir être faite :

Ou le père (ou la mère) a renoncé directement à l'usufruit lui-même ;

Ou il n'y a renoncé que tacitement et indirectement, par l'effet de l'émancipation qu'il a conférée à son enfant.

593. — Dans le premier cas, nous pensons que les créanciers du père (ou de la mère) peuvent faire révoquer la renonciation à l'usufruit légal, s'ils se trouvent d'ailleurs dans les conditions exigées pour l'exercice de cette action révocatoire.

J'exposerai plus tard ces conditions ; j'examinerai s'il faut toujours qu'il y ait fraude de la part du débiteur, ou si le seul fait du préjudice par lui causé à ses créanciers, n'est pas suffisant, lorsqu'il s'agit d'un abandon à titre gratuit (comp. art. 622, 788, 1167, 1053, 1464). Cette vaste question ne serait pas ici à sa place.

Ce qu'il me suffit de dire en ce moment, c'est que la renonciation directe et principale faite par l'usufruitier légal à ses droits, me paraît pouvoir être l'objet de l'action paulienne.

Je sais bien que nos anciens auteurs mettaient en question si la renonciation, même directe, du gardien à sa jouissance, pouvait être attaquée par ses créanciers, et que quelques-uns leur refusaient ce droit (voy. *Nouveau Denizart*, t. IX, v° *Garde noble*, § 6, n° 12 ; Serres, livre II, titre VIII, p. 194).

Et Proudhon a exprimé les mêmes doutes sous

l'empire de notre Code Napoléon (*de l'Usufruit*, t. V, n° 2397).

Mais la solution, qui accorde aux créanciers l'action révocatoire, me paraît devoir être admise aujourd'hui.

Les créanciers peuvent attaquer tous les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits; telle est la règle;

Or, la renonciation à l'usufruit légal peut être faite par le père en fraude de ses créanciers, et elle peut leur être en effet très-préjudiciable; car si les créanciers n'ont pas le droit de faire saisir et vendre l'usufruit lui-même, ils peuvent pratiquer des saisies-arrêts, etc., et trouver ainsi dans les revenus de l'usufruit légal un moyen de payement;

Donc, ils ont le droit d'attaquer la renonciation qui diminue et peut-être anéantit leur gage; et il ne sera pas même nécessaire qu'ils prouvent que l'enfant était complice de la fraude commise par son père; car nous verrons que cette complicité n'est pas exigée dans la personne du tiers, lorsque c'est à titre gratuit qu'il profite de l'acte commis par le débiteur en fraude de ses créanciers (Cass., 11 mai 1819, Bouttechoux, Sirey, 1819, I, 446; Vedel sur Catellan, livre II, chap. XLVI, p. 335; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. V, n° 2398; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 616; Massé et Vergé, t. I, p. 375; Duranton, t. III, n° 394).

594. — Mais la question est tout autre, dans le second cas, c'est-à-dire lorsque c'est par l'effet seulement de l'émancipation, que l'usufruit légal a cessé dans la personne du père.

Quelques auteurs soutenaient néanmoins autrefois, que même alors les créanciers pouvaient exercer l'action paulienne (Catellan, livre VI, chap. XIV, *in fine*).

Cette opinion a été aussi défendue sous l'empire de nos lois nouvelles (Merlin, *Quest. de droit*, t. VI,

v° *Usufruit paternel ;* § 1, ajoutez aussi *Rép.*, t. IX, v° *Paraphernal*, sect. I, § 5, n° 5).

Mais la doctrine contraire a toujours rallié la grande majorité des suffrages, soit dans l'ancien droit, soit dans le nouveau (comp. Bretonnier sur Henrys, liv. IV, quest. 127, n° 33; Chabrol, sur la Coutume d'Auvergne, chap. XI, art. 2, sect. III, question 8; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. V, n° 2399; Zachariæ, Aubry et Rau, comp., t. I, p. 242, t. II, p. 344 et t. III, p. 686; Massé et Vergé, t. I, p. 375; Toullier, t. VI, n° 368; Allemand, *du Mariage*, t. II, n° 1138).

Et c'est très-justement, à notre avis.

Les créanciers ont bien le droit (ainsi que nous venons nous-même de le reconnaître) d'attaquer la renonciation que le père ferait à son usufruit légal; mais ils n'ont pas, ils ne sauraient avoir le droit d'attaquer, de critiquer, en aucune manière, un acte qui constitue, de la part du père, l'exercice de la puissance paternelle, c'est-à-dire d'un droit exclusivement attaché à sa personne (comp. art. 1166, 1167), d'un droit qui doit toujours être libre dans ses mains, et qui ne forme pas, bien entendu, le gage de ses créanciers;

Or, le père, qui émancipe son enfant, ne renonce pas à son usufruit légal; il exerce un acte de l'autorité paternelle, et l'extinction de l'usufruit n'est alors que la conséquence tacite et légale de l'émancipation, c'est-à-dire de l'acte principal, ou plutôt de l'acte unique qui a été fait par le père; acte souverain que ses créanciers ne peuvent pas contrôler.

Il faudrait alors en effet de deux choses l'une :

Ou que l'émancipation elle-même fût retirée à l'enfant;

Ou que, l'émancipation demeurant, l'usufruit légal fût néanmoins rendu au père.

Or, ces deux alternatives sont également impossibles.

Retirer l'émancipation à l'enfant !...

Mais aucun texte ne vous y autorise; et encore une fois, quels qu'aient pu être les motifs du père émancipateur, c'est à lui-même et à lui-seul que la loi en laisse la souveraine appréciation.

Et si l'émancipation résultait du mariage de l'enfant (art. 476) la révocation ne serait-elle pas plus impossible encore?

Rendre l'usufruit au père, en laissant l'enfant émancipé !...

Mais ce serait là une anomalie sans exemple, une suppression profondément arbitraire de l'un des plus importants effets de l'émancipation; et puisque vous ne pouvez pas retirer la cause, il faut bien maintenir aussi les effets nécessaires, que la loi elle-même y attache de sa pleine autorité.

595. — Il est bien entendu que si c'est le père qui a renoncé à son usufruit légal, durant le mariage, cette renonciation ne saurait préjudicier à la mère, au profit de laquelle l'usufruit légal s'ouvrirait, en cas de prédécès du père.

596. — 3° Enfin, l'article 618 est ainsi conçu :

« L'usufruit peut aussi cesser par l'abus que l'usu-
« fruitier fait de sa jouissance, soit en commettant
« des dégradations sur le fonds, soit en le laissant
« dépérir faute d'entretien.

« Les créanciers de l'usufruitier peuvent intervenir
« dans les contestations, pour la conservation de leurs
« droits; ils peuvent offrir la réparation des dégrada-
« tions commises, et des garanties pour l'avenir.

« Les juges peuvent, suivant la gravité des circon-
« stances, ou prononcer l'extinction absolue de l'usu-
« fruit, ou n'ordonner la rentrée du propriétaire dans
« la jouissance de l'objet qui en est grevé, que sous

« la charge de payer annuellement à l'usufruitier, ou « à ses ayants cause, une somme déterminée, jusqu'à « l'instant où l'usufruit aurait dû cesser. »

Ce mode d'extinction a cela de particulier qu'il n'opère pas de plein droit, comme les autres modes d'extinction en général, tels par exemple que la mort de l'usufruitier; c'est une déchéance qui doit être prononcée en justice.

597. — Que l'article 618 soit applicable à l'usufruit paternel, cela n'est pas douteux (comp. art. 385-1°; 578, 618).

Le gardien autrefois encourait aussi cette déchéance, *pour ses malversations ou pour avoir dilapidé les biens* (*Nouveau Denizart*, t. IX, v° *Garde noble*, § 13, n° 4, 7°; Pothier, *de la Garde noble*, sect. IV, § 1).

Il y a plus; c'est que la disposition de l'article 618, qui ne paraît être, comme nous le verrons plus tard, qu'une inexacte traduction de la loi romaine (Inst., liv. II, tit. IV, § 3), et qui a introduit dans notre droit une déchéance d'une excessive rigueur, surtout lorsqu'il s'agit d'un usufruit acquis à titre onéreux; c'est, disons-nous, que cette disposition peut être considérée comme beaucoup moins rigoureuse et peut être plus facilement justifiée, en ce qui concerne l'usufruit paternel. Car c'est la loi elle-même qui concède aux père et mère cette jouissance; et elle a pu d'autant mieux y mettre cette condition, que nous avons vu qu'en effet elle se préoccupe essentiellement de la conservation du fonds même et de la substance de la fortune des enfants.

598. — Ce que je dis là toutefois ne m'empêche pas d'ajouter que les tempéraments et les ménagements, que l'article 618 autorise les magistrats à employer, doivent être aussi préférés à la déchéance absolue de

l'usufruit, toutes les fois que les circonstances et l'intérêt de l'enfant le permettent.

Il faut certainement empêcher l'usufruitier légal d'abuser; voilà le point capital!

Mais il ne faut pas oublier non plus que cet usufruitier est ici le père ou la mère, et qu'il convient d'adoucir, autant que possible, vis-à-vis de ses enfants, et en quelque sorte dans un intérêt de bon ordre, la sévérité et l'humiliation des mesures à prendre.

599. — Le père (ou la mère) pourrait-il être déclaré déchu de l'usufruit légal, lorsqu'il n'accomplit pas les différentes obligations qui lui sont imposées par l'article 385, lorsque par exemple il ne pourvoit pas à l'entretien, à la nourriture et à l'éducation des enfants?

Cette question me paraît fort grave.

Pour l'affirmative, on peut invoquer surtout les deux moyens que voici :

1° L'usufruit légal ressemble, sous beaucoup de rapports, à l'ancien droit de garde; et les rédacteurs du Code Napoléon ont puisé dans le droit coutumier la plupart des principes qui le régissent;

Or, le gardien pouvait être privé de la garde, *lorsqu'il ne fournissait pas aux mineurs les aliments ou les choses nécessaires pour leur éducation* (Pothier, *de la Garde noble*, sect. IV, § 1; ajout. *Nouveau Denizart*, t. IX, v° *Garde noble*, § 12, n°s 4-12);

Donc, il a été dans l'intention des auteurs du Code Napoléon d'infliger aussi la déchéance de l'usufruit, au père ou à la mère qui n'en accomplit pas les obligations.

2° Cette déchéance, en effet, n'a rien que de conforme à l'équité et aux principes généraux du droit civil.

Il est équitable et en même temps juridique qu'un droit, qui n'est concédé que sous la condition de cer-

taines charges ou obligations à remplir, soit révoqué, si ces charges ou obligations ne sont pas remplies; car le droit et la charge sont corrélatifs. C'est ainsi que la condition résolutoire est toujours sous-entendue, dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement (art. 1184); c'est ainsi que la donation entre-vifs est révocable pour cause d'inexécution des conditions (art. 953, 954).

Or, il y a quelque chose de synallagmatique dans la concession que la loi fait au père de l'usufruit des biens de ses enfants; car elle ne les lui concède que sous des charges qui en sont la condition essentielle (art. 385); et sous un autre rapport, on pourrait comparer cette concession à un don des revenus de l'enfant, fait par la loi à ses père ou mère, sous des charges dont l'inaccomplissement doit opérer la révocation de la concession légale (comp. Paris, 19 mars 1823, Fischer, D., 1823, II, 184; Paris, 29 août 1825, Decambray, Sirey, 1826, II, 44; Paris, 4 février 1832, Racine, Dev., 1832, II, 332; Colmar, 27 janvier 1833, Rachel, Dev., 1835, II, 246; Caen, quatrième chambre, 17 août 1842, Lebuhotel, *Rec. de Caen*, t. VI, p. 590; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. V, n° 2426; Magnin, *des Minorités*, t. I, n° 285, note 1; Demante, t. II, n° 132 *bis*, VII).

600. — Apprécions maintenant cette doctrine.

Que l'usufruitier légal puisse être contraint à remplir toutes les charges de son usufruit; que l'on puisse, pour atteindre ce but, prendre toutes les mesures de surveillance et de garantie nécessaires, cela est évident; et je commence tout d'abord par le reconnaître.

On pourrait donc lui enlever la possession et l'administration des biens de l'enfant, et les confier à un tiers qui serait chargé d'employer d'abord les revenus

à l'acquittement des charges énumérées dans l'article 385, pour n'en remettre ensuite que l'excédant à l'usufruitier légal. Ce tiers serait sans doute le tuteur, qui serait nommé en remplacement du survivant des époux, qui, par une telle conduite, encourrait presque toujours la destitution de la tutelle (art. 444); et si le mariage durait encore, ce serait un administrateur nommé par justice à la place du père administrateur légal.

Mais est-il vrai qu'on puisse aller au delà et déclarer l'usufruitier légal absolument déchu de son usufruit?

J'hésite beaucoup à le croire:

1° L'argument déduit des règles autrefois pratiquées en matière de droit de garde, ne saurait évidemment suffire pour motiver une telle solution; il s'agit ici d'une déchéance très-grave, et nous ne pouvons l'admettre qu'autant qu'elle sera prononcée par un texte de nos lois nouvelles, ou que du moins elle résultera nécessairement des principes généraux du droit.

2° Je crois que l'on ne peut fonder ni sur l'une ni sur l'autre de ces bases, la déchéance dont il s'agit.

Il n'existe pas de texte qui la prononce formellement.

L'article 618 ne prononce l'extinction absolue de l'usufruit, que contre l'usufruitier qui fait abus de sa jouissance, *soit en commettant des dégradations sur le fonds, soit en le laissant dépérir faute d'entretien;*

Or, nous supposons que les fonds, que le patrimoine de l'enfant sont bien administrés, cultivés et entretenus;

Donc, nous ne sommes pas dans l'hypothèse prévue par l'article 618.

Invoquera-t-on l'article 385?

Mais cet article se borne à imposer à l'usufruitier

légal certaines charges; il ne dit pas quelle sera la conséquence de l'inaccomplissement de ces charges; et surtout il n'y attache pas formellement la peine de la déchéance.

Cette déchéance résulte-t-elle au moins des principes généraux du droit?

Je ne pense pas que, sous ce nouveau point de vue, l'argumentation, que je viens d'exposer, soit plus décisive.

La condition résolutoire est, à la vérité, sous-entendue dans tous les engagements synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfait pas à son obligation (art. 1184); mais c'est qu'alors la cause même de l'engagement de l'une des parties est l'engagement réciproque et corrélatif de l'autre. La cause de la dette du prix contractée par l'acheteur, est la chose que le vendeur doit lui livrer; de même que la cause de l'obligation de livrer la chose contractée par le vendeur, est le prix que l'acheteur doit lui payer. Si l'un des deux ne remplit pas son obligation, l'obligation de l'autre devient donc sans cause (art. 1108, 1132).

Cela posé, on comprend que ce principe de résolution, que cette condition résolutoire ne doit pas être appliquée à l'inaccomplissement des charges ou obligations, qui ne seraient pas la *cause* même de la concession du droit dont on demande la révocation.

Si, malgré l'inaccomplissement de ces charges, le droit concédé a encore une cause, on ne peut plus, en vertu du seul principe de la condition résolutoire attachée à l'inaccomplissement des obligations synallagmatiques, on ne peut plus, dis-je, prononcer la révocation du droit, si la loi ne l'a pas prononcée. Et, par exemple, dans la vente elle-même, c'est-à-dire dans le contrat synallagmatique par excellence, je ne crois

pas que la condition résolutoire pût être invoquée pour le cas où il ne s'agirait que de l'inaccomplissement de certaines charges purement secondaires et accessoires, et qui ne devraient pas être considérées comme constituant la cause elle-même, la cause principale et essentielle du contrat.

Et voilà comment j'explique l'article 953, qui déclare la donation entre-vifs révocable pour cause d'inexécution des charges qui avaient été imposées au donataire. Selon moi, cet article était nécessaire; et, s'il n'eût pas existé, il m'aurait paru très-difficile de prononcer la résolution de la donation pour cause d'inexécution des conditions; car la cause de la donation, c'est la volonté bienfaisante du donateur; c'est l'*animus donandi;* les charges, plus ou moins accessoires ou secondaires, qui peuvent y être attachées, n'en font pas, bien entendu, un contrat intéressé, un contrat *do ut des*, ou *do ut facias*. Donc l'inaccomplissement des charges de la donation ne détruit pas nécessairement la cause même de la donation; donc il fallait un texte pour autoriser cette révocation. Ajoutez qu'une doctrine, que nous examinerons plus tard, soutient que le donataire ne contracte pas, lui, l'obligation personnelle d'acquitter les charges, et que le donateur n'aurait pas le droit de le contraindre, par la saisie et la vente de ses biens personnels, à les acquitter. Or, si cette doctrine était vraie, ce serait un motif de plus pour expliquer le droit concédé au donateur de demander la restitution des biens par lui donnés, sous des charges qui ne sont pas remplies.

Appliquons ces principes à l'usufruit légal.

Cet usufruit est fondé, comme nous l'avons vu, sur plusieurs motifs; la loi n'a pas seulement voulu indemniser les père et mère des peines et des soins qui résultent pour eux de l'éducation des enfants; son

vœu est encore d'éviter des comptes trop compliqués de revenus entre les père et mère et les enfants, etc.

Les charges, qui y sont attachées, en sont des accessoires très-importants sans doute; mais enfin elles ne sont pas, je le répète, la cause même de la concession; dès lors l'inaccomplissement de ces charges ne peut pas donner lieu, nécessairement et par la seule voie de l'interprétation, à la révocation de l'usufruit légal.

La loi sans doute aurait pu prononcer la déchéance, mais je crois qu'il aurait fallu qu'elle la prononçât; et dans son silence, mon avis est que nous ne pouvons que recourir aux moyens conservatoires et aux mesures de garantie, afin d'assurer l'accomplissement des charges qu'elle a imposées à l'usufruitier paternel (Besançon, 1er août 1844, Séguin, Dev., 1846, II, 176; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 616; Massé et Vergé, t. I, p. 376; Chardon, *Puiss. patern.*, n° 158).

601. — Allons plus loin.

L'usufruitier légal remplit les obligations qui lui sont imposées par l'article 385; ou du moins il ne les a pas encore violées.

Mais il est d'une inconduite notoire; et on lui reproche ses habitudes de débauche et de dissipation.

Peut-on alors invoquer contre lui l'article 618, et le déclarer déchu de l'usufruit légal, ou employer contre lui des mesures de garantie, et par exemple lui enlever la possession et la jouissance en nature des biens de ses enfants?

Déjà nous avons examiné une question semblable sur l'article 386.

Il est bien clair que ceux qui pensent que la mère survivante dont l'inconduite est notoire, peut être privée judiciairement de l'usufruit légal, en vertu de l'article 386, penseront également qu'elle peut, en vertu de l'article 618, être soumise à certaines restric-

tions, à certaines entraves, pour assurer la garantie des mineurs, et que les magistrats qui auraient le droit de la priver absolument de son usufruit, ont *a fortiori* le droit de lui enlever la jouissance en nature des biens, et d'ordonner que l'excédant des revenus sur les dépenses sera versé dans ses mains par le tuteur chargé de l'administration.

Mais, pour nous, qui avons pensé que l'article 386 n'autorise pas les juges à prononcer la déchéance de l'usufruit légal contre la mère survivante pour cause d'inconduite notoire, la question reste entière.

Ce qu'on ne pourrait pas faire en vertu de l'article 386, le peut-on en vertu de l'article 618?

D'abord, il me paraît certain que le seul fait de l'inconduite même la plus notoire, de la débauche même la plus scandaleuse de l'usufruitier légal, ne saurait autoriser les magistrats à prononcer contre lui l'extinction et la déchéance absolue de son usufruit, si d'ailleurs, comme nous le supposons, on ne peut lui reprocher aucun méfait, aucune négligence relativement aux biens qui en sont grevés.

On pourra sans doute, on devra même lui enlever la garde de la personne de ses enfants (*supra*, n° 367).

Mais M. Allemand me paraît aller trop loin en enseignant d'une manière absolue « que si les désordres du père obligeaient la justice à le priver de la tutelle de ses enfants, il devrait aussi perdre l'usufruit légal. » (*Du Mariage*, t. II, n° 1140.)

Aucun texte en effet ne justifierait alors la déchéance de l'usufruit légal; car l'article 618, qui permet seulement de la prononcer contre l'usufruitier, qui commet des dégradations sur le fonds et qui le laisse dépérir faute d'entretien, ne fournit aucun moyen contre l'inconduite de l'usufruitier légal.

Quant au point de savoir s'il serait du moins possible

de prendre alors certaines mesures conservatoires, et même d'enlever à l'usufruitier légal la possession et la jouissance en nature des biens, c'est une autre question; et voici la distinction au moyen de laquelle elle doit être, selon moi, résolue :

Ou l'inconduite de l'usufruitier légal ne met pas en péril les biens soumis à l'usufruit;

Ou, au contraire, ses désordres donnent lieu de craindre que les biens des mineurs ne soient compromis dans ses mains.

Dans le premier cas, je ne crois pas qu'on puisse même prendre contre l'usufruitier légal aucune mesure, ni surtout lui enlever la possession et la jouissance en nature des biens.

Et je maintiendrai cette solution, même dans le cas où la garde des enfants aurait été enlevée au père, durant le mariage, pour cause d'inconduite notoire, comme aussi dans le cas où le survivant aurait été, pour cette cause, exclu ou destitué de la tutelle de ses enfants.

Il est vrai que l'article 385, en mettant à la charge de l'usufruitier légal, les frais de nourriture, d'entretien et d'éducation de l'enfant, semble avoir fait ainsi de la jouissance des biens en nature, un droit corrélatif à la garde et à l'éducation de l'enfant; et telle est sans doute l'hypothèse que la loi a eue principalement en vue, l'hypothèse en effet la plus ordinaire : c'est le père, pendant le mariage, ayant tout à la fois l'usufruit des biens de ses enfants et la garde de leurs personnes ; c'est le survivant, après le mariage, ayant encore comme usufruitier la jouissance en nature, et en même temps en vertu de son double pouvoir de puissance paternelle et de tutelle légale, la garde de son enfant mineur.

Mais il n'est pas moins vrai qu'il peut arriver aussi

que le père, durant le mariage, et que le survivant, après la dissolution du mariage, n'ait point la garde de ses enfants.

Or, la loi n'a pas dit que cette circonstance éteindrait ou même modifierait, en aucune manière, le droit d'usufruit légal.

Cet usufruit subsiste donc, même au profit de celui des père et mère, qui se rendrait coupable des désordres les plus scandaleux et auquel il faudrait, pour cette cause, enlever la garde de ses enfants;

Et si l'usufruit subsiste, il est clair que le père ou la mère a le droit, même alors, de conserver la possession et la jouissance des biens en nature; car c'est dans la jouissance des biens en nature que consiste régulièrement l'usufruit (comp. art. 578, 453).

602. — Mais, dans le second cas, c'est-à-dire, lorsque l'inconduite de l'usufruitier légal donne lieu de craindre que les biens de l'enfant ne soient compromis dans ses mains, je pense que l'on peut, ou plutôt que l'on doit recourir à des mesures de garantie, et qu'il est possible, suivant les cas, d'enlever même la possession et la jouissance en nature des biens à l'usufruitier légal.

Objectera-t-on que l'article 618 ne prévoit que le cas d'abus déjà commis sur les biens, et non pas la crainte et la possibilité d'abus plus ou moins imminents?

Que la déchéance même de l'usufruit ne puisse être prononcée que pour cause d'abus déjà commis, cela est certain; aussi n'est-ce point la déchéance que je demande ici contre l'usufruitier légal.

Ce que je demande, c'est l'emploi de mesures conservatoires, qu'un péril constaté rend nécessaires.

Or, les principes généraux du droit (art. 1180, 1188, 1443, etc.), d'accord avec les principes particuliers de

notre sujet (art. 602, 618), ne permettent pas de douter que ces mesures ne soient très-légitimes.

C'est la raison, c'est la nécessité même, qui veulent qu'on ne laisse pas s'accomplir, irréparablement peut-être, dans les mains de l'usufruitier, la ruine des droits du nu-propriétaire.

On pourra donc recourir alors aux mesures autorisées par l'article 602, pour le cas où l'usufruitier ne trouve pas de caution.

Mais, dites-vous, l'usufruitier légal est dispensé de fournir caution!...

Sans doute; et de là il résulte que l'insuffisance de ses biens personnels, que sa pauvreté même ne seraient pas des motifs pour ne pas lui laisser la plénitude de l'exercice de son droit d'usufruit.

Et encore, la Cour de Cassation a-t-elle décidé qu'alors même qu'aucun fait d'inconduite ne serait imputable à l'usufruitier légal, les tribunaux peuvent prendre des mesures de garantie pour la conservation des biens, lorsque par exemple il arrive que les immeubles du mineur se trouvent, par l'effet d'une licitation, convertis en capitaux. La Cour a jugé qu'il pouvait être ordonné que les capitaux ne seraient pas remis au père usufruitier et tuteur légal, mais resteraient entre les mains des acquéreurs, jusqu'à la majorité de l'enfant ou jusqu'à son mariage (20 juin 1843, Royer, Dev., 1843, I, 651).

Je conviens que cette solution va très-loin, et elle me paraît à moi-même contestable. La loi dispense l'usufruitier légal de fournir caution; et il peut en conséquence exercer tous les droits de l'usufruitier, tant qu'il n'a point donné lieu, par son fait personnel, à des soupçons et à des craintes sur le sort des biens de l'enfant.

Cet arrêt d'ailleurs se rattache, par un autre côté, à

la question aussi très-grave, en matière de tutelle, de savoir si le conseil de famille peut modifier les pouvoirs que la loi a conférés au tuteur. J'y reviendrai donc plus tard (*voy.* notre t. II, n° 323).

Mais, du moins, ce qui me paraît certain, c'est que la dispense de caution ne saurait être entendue d'une manière si absolue, que le nu-propriétaire fût, toujours et quand même! dans l'impossibilité de pourvoir à la conservation de ses biens, lorsque l'usufruitier, par sa faute personnelle, par son inconduite, par ses prodigalités, les met en péril.

Le droit du nu-propriétaire de demander alors des garanties, de demander que la possession des biens, surtout des capitaux, soit enlevée à l'usufruitier, ce droit existerait en matière d'usufruit ordinaire (comp. Lyon, 15 janvier 1836, Édand., Dev., 1836, II, 230; Nancy, 17 février 1844, Burger, Dev., 1844, II, 162; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. II, n° 867).

A combien plus forte raison, ce droit doit-il exister en matière d'usufruit paternel, où la conservation du fonds, du capital de la fortune des enfants est l'objet si essentiel de la préoccupation de la loi.

« Si les affaires du gardien, dit le *Nouveau Denizart*, sont en mauvais ordre et donnent lieu de craindre qu'il ne pourvoie pas d'une manière convenable à la nourriture et éducation des mineurs tombés en sa garde, cette crainte, quoique bien fondée, ne suffirait pas pour faire prononcer la destitution du gardien. Mais aussi l'intérêt du mineur exige qu'on prenne des précautions.... » (T. IX, v° *Garde noble*, § 11, n° 3.)

603. — L'application de ces principes, et l'emploi de ces mesures restrictives des droits de l'usufruitier légal seraient en outre plus ou moins faciles à justifier juridiquement, suivant les différents cas.

Ainsi, l'emploi en sera moins facile, pendant le mariage, contre le père, qui a seul alors le droit de posséder les biens, et comme usufruitier, et comme administrateur.

Il sera plus facile au contraire, après la dissolution du mariage, contre le survivant qui ne serait pas tuteur de ses enfants. Car alors, nous avons là, tout trouvé, un autre administrateur des biens, le tuteur! (Art. 450.)

Régulièrement sans doute, je l'ai dit plusieurs fois, c'est au père et à la mère usufruitiers qu'appartient la possession des biens; car ils ont le droit d'en jouir en nature; et le tuteur ne pouvant administrer que les biens que le mineur lui-même a le droit de posséder, ne peut pas avoir l'administration des biens du mineur, qui sont grevés d'usufruit.

Mais toujours est-il que lorsque le droit de possession et d'administration de l'usufruitier légal est attaqué, parce qu'il met en péril la fortune des mineurs, le droit, en quelque sorte égal et parallèle, que l'usufruit paternel tenait jusqu'alors en échec, peut se montrer et l'emporter très-facilement (*supra*, n°s 374 et suiv.; comp. Caen, 17 août 1842, Lebuhotel, *Rec. de Caen*, t. VI, p. 590; Cass., 19 avril 1843, L. C. Marty, Dev., 1843, I, 385).

604. — Que la faillite ou la déconfiture de l'usufruitier légal ne soit point contre lui une cause de déchéance, cette proposition résulte de tout ce qui précède.

Nous savons toutefois que les créanciers ne peuvent point faire exproprier l'usufruit légal sur la tête de leur débiteur (n°s 527, 528).

Ajoutons que cette situation devra presque toujours donner lieu à des mesures de garantie, dans l'intérêt des enfants, afin que les charges de l'usufruit légal ne

cessent pas d'être exactement et intégralement acquittées.

Les circonstances mêmes pourraient être telles, qu'il y eût lieu de confier à un tiers administrateur la possession et l'administration des biens que l'usufruitier failli, en fuite peut-être, ne pourrait plus convenablement conserver (comp. Favre, *Cod.*, liv. VI, tit. XXXVI, défin. 7 et 13; Catellan, liv. VI, chap. XIV; Serres, liv. II, tit. VIII, p. 194; Allemand, *du Mariage*, t. II, n° 1141).

SECONDE PARTIE.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE, EN CE QUI CONCERNE LES ENFANTS NATURELS LÉGALEMENT RECONNUS.

SOMMAIRE.

605. — Il ne s'agit ici que des enfants naturels qui peuvent être légalement reconnus. — Les enfants adultérins ou incestueux sont-ils soumis à la puissance paternelle?
606. — Division.

605. — Il n'est question, dans notre titre, que des enfants naturels simples, de ceux-là qui peuvent être *légalement reconnus* (art. 383).

J'ai dit ailleurs que les père et mère adultérins ou incestueux n'ont point la puissance paternelle sur leurs enfants, alors même que la filiation est certaine (*voy.* notre t. V, n° 597).

606. — Nous conserverons, dans cette seconde partie, la même division que dans la première; et nous examinerons la puissance paternelle sous ce double point de vue :

1° Relativement à la personne de l'enfant naturel;

2° Relativement aux biens, qui pourraient lui appartenir.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE, RELATIVEMENT A LA PERSONNE DE L'ENFANT NATUREL.

SOMMAIRE.

607. — Il y a aussi, à l'égard des enfants naturels, deux sortes de puissance paternelle. — Renvoi.
608. — De la puissance paternelle dans son acception la plus étendue. — L'enfant naturel, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère.
609. — Des devoirs de l'enfant naturel envers ses père et mère, en ce qui concerne son mariage.
610. — Suite.
611. — L'enfant naturel, qui veut se donner en adoption, est-il tenu de demander le consentement ou le conseil de ses père et mère?
612. — *Quid*, s'il est question pour l'enfant naturel d'être soumis à une tutelle officieuse; — d'entrer dans les ordres sacrés; — ou de prononcer des vœux dans une congrégation religieuse?
613. — Les autres rapports juridiques, que la loi établit entre l'enfant légitime et ses père et mère, doivent-ils être étendus aux enfants naturels?
614. — De la puissance paternelle proprement dite, et dans son acception spéciale.
615. — Les père et mère naturels ont-ils cette puissance sur leurs enfants?
616. — Division.

607. — Les mots *puissance paternelle*, peuvent encore recevoir ici une double acception; ou plutôt, il y a également, à l'égard des enfants naturels, deux sortes de puissance paternelle (*supra*, n° 268).

L'une, qui dure pendant toute la vie des père et mère naturels et de leurs enfants [je n'ajoute pas, comme pour l'enfant légitime, qu'elle appartient aussi aux autres ascendants (*supra*, n° 270); car l'enfant na-

turel est civilement étranger aux parents de ses père et mère (*voy.* notre t. V, n° 544)];

L'autre, qui ne dure que jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant.

608. — La puissance paternelle, dans son acception la plus générale, comprend certains rapports juridiques, que la loi établit entre l'enfant naturel et ses père et mère, et qui n'ont pas pour terme la majorité ou l'émancipation.

C'est ainsi que l'enfant naturel, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère.

Il faut certainement lui appliquer cette disposition de l'article 371; car nous l'avons appliquée même à l'enfant incestueux ou adultérin (*voy.* notre *Traité de la Paternité et de la filiation*, n° 598).

Nous avons vu d'ailleurs que l'article 371 ne pose, à vrai dire, qu'une sorte de prémisse, dont la loi elle-même déduit ensuite les conséquences; et cette prémisse est de telle origine, elle est, pour tous les enfants, si évidente et si sacrée, qu'on n'a jamais douté qu'elle leur fût en effet applicable à tous sans distinction (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 711; Massé et Vergé, t. I, p. 334; Demante, t. II, n° 128).

609. — C'est ainsi encore, c'est par suite de ce devoir de déférence d'une part, de protection de l'autre, que l'enfant naturel est obligé, suivant les distinctions qui nous sont connues, de demander pour son mariage, tantôt le consentement, tantôt le conseil de ses père et mère (art. 158, 159; *voy.* notre t. III, n°s 87, 88).

610. — Aussi les père et mère naturels ont-ils le droit soit de former opposition au mariage de leur enfant, soit de demander la nullité de son mariage déjà célébré (*voy.* notre t. III, n°s 147-149 et 301).

611. — Des articles 371, 158 et 159, je conclus également que l'article 346 est applicable à l'enfant naturel aussi bien qu'à l'enfant légitime.

La raison est absolument la même ; et il faut croire dès lors que l'article 346 emploie ces mots : père et mère, sans distinction entre les père et mère légitimes et les père et mère naturels.

L'enfant naturel ne pourra donc pas se donner en adoption, sans rapporter le consentement de ses père et mère ou du moins sans requérir leur conseil (*supra*, n°s 33-37).

612. — J'applique la même solution au cas où il s'agirait, pour l'enfant naturel :

Soit d'être soumis à une tutelle officieuse (art. 361; *supra*, n° 218);

Soit d'entrer dans les ordres sacrés, ou de prononcer des vœux dans une congrégation religieuse (décret du 28 février 1810, art. 4).

613. — Nous examinerons d'ailleurs successivement, et sur les différents titres du Code Napoléon, si les autres rapports juridiques, si les autres droits et les autres devoirs que la loi établit entre l'enfant légitime et ses père et mère, doivent, suivant les cas, être ou n'être pas étendus aux enfants naturels.

L'enfant naturel, par exemple, a-t-il une réserve dans la succession de ses père et mère ?

Ses père et mère en ont-ils une dans la sienne ?

L'article 935 qui autorise les ascendants à accepter les donations entre-vifs, faites à leur enfant, est-il applicable aux père et mère naturels ?

Questions, sur lesquelles je m'expliquerai dans le titre des successions et des donations.

614. — Nous n'avons à nous occuper, en ce moment, que de la puissance paternelle proprement dite, dans son acception spéciale et technique, c'est-à-dire

de celle qui ne se prolonge pas au delà de la majorité ou de l'émancipation de l'enfant.

Le but de cette puissance paternelle, c'est l'éducation de l'enfant.

Ses moyens légaux, ceux que le Code Napoléon a législativement réglementés dans notre titre, sont :

1° Le droit de garde de l'enfant;

2° Le droit de correction.

615. — Eh bien donc, examinons d'abord si les père et mère naturels sont chargés par la loi du soin de l'éducation de leurs enfants.

C'est la première et la principale question.

Car s'ils ont le droit et le devoir d'élever leur enfant, ils auront la puissance paternelle, qui n'est que le moyen légal d'éducation ;

Et s'ils ont la puissance paternelle, ils auront nécessairement aussi les moyens légaux par lesquels elle s'exerce, savoir : le droit de garde aussi bien que le droit de correction.

616. — De là notre division toute simple en trois sections :

1° De l'éducation des enfants naturels;

2° Du droit de garde;

3° Du droit de correction.

SECTION I.

DE L'ÉDUCATION DES ENFANTS NATURELS.

SOMMAIRE.

617. — Les père et mère naturels sont-ils chargés par la loi de l'éducation de leurs enfants?

618. — L'article 372 est applicable aux père et mère naturels.

619. — Conséquences.

620. — L'article 374 est applicable à l'enfant naturel.

621. — Le pouvoir discrétionnaire des tribunaux a ici plus d'impor-

tance et plus d'étendue qu'en ce qui concerne les père et mère légitimes. — Motifs.
622. — Suite.
623. — L'éducation de l'enfant naturel peut-elle être l'objet soit d'arrangements particuliers entre les père et mère, soit d'arrangements particuliers entre le père et la mère et un tiers, soit enfin d'une clause ou condition apposée par un disposant à une libéralité entre-vifs ou testamentaire?
624. — Division.

617. — Je demande d'abord si les père et mère naturels sont chargés par la loi de l'éducation de leurs enfants.

L'affirmative est incontestable :

1° Nous avons déjà dit que l'article 203 qui impose aux père et mère légitimes *l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants*, était certainement aussi applicable aux père et mère naturels (*voy.* notre t. IV, n° 16). C'est là, en effet, une obligation naturelle que la loi positive ne pouvait pas manquer de consacrer.

2° Aussi tous les articles qui règlent les rapports juridiques des père et mère naturels avec leurs enfants, supposent-ils nécessairement que l'éducation de ces enfants, le soin de les protéger et de les diriger, est confié par la loi à leurs père et mère (art. 158, 346, etc.).

L'article 383 surtout, en accordant aux père et mère naturels le droit de correction, consacre, de la manière la plus évidente, leur droit d'éducation; leur accorder le moyen et le mode d'exercice de l'autorité paternelle, c'est apparemment leur accorder cette autorité même.

Il est vrai qu'on peut objecter que l'article 383 ne déclare applicables aux père et mère naturels que quatre articles seulement de notre titre (376, 377, 378 et 379), et qu'il ne mentionne pas l'article 372, qui précisément place l'enfant sous l'autorité de ses père et mère.

Mais il est clair que cette objection n'est pas sérieuse :

D'abord, je le répète, comment serait-il possible que les père et mère naturels eussent le droit de correction, s'ils n'avaient pas l'autorité dont ce droit n'est que le moyen? Comment auraient-ils le droit de correction, s'ils n'étaient pas chargés de la direction et de l'éducation de leur enfant? A quelle époque finirait, dans leurs mains, ce droit de correction, si l'article 372 ne leur était pas applicable?

Et puis, nous verrons bientôt qu'il n'y a rien à induire de l'énumération, certainement incomplète, que l'article 383 a faite de ceux des articles de notre titre, qui doivent être appliqués aux père et mère naturels.

Un article du projet (art. 6) était d'abord ainsi conçu :

« Les articles du présent titre seront communs aux père et mère des enfants naturels légalement reconnus. » (Locré, *Législ. civ.*, t. VII, p. 14.)

De cette rédaction, il serait résulté que tout le titre de la puissance paternelle, y compris les articles qui instituent l'usufruit légal, aurait été applicable aux père et mère naturels; or, comme on ne voulait pas qu'il en fût ainsi, on a modifié l'article. Mais il est arrivé que la rédaction trop générale d'abord, a été ensuite trop restreinte, et qu'on n'y a pas compris certains articles qui, sans aucune contestation, doivent être appliqués aux père et mère naturels.

Ainsi de l'article 371 (*supra*, n° 608).

618. — Ainsi, pareillement, de l'article 372, qui est aussi certainement applicable que l'article 371, aux père et mère naturels.

Nous pouvons donc déjà poser cette première proposition, savoir :

Que l'enfant naturel est placé sous l'autorité de ses

père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation.

619. — En conséquence, ils ont le droit de diriger son éducation ; de décider du genre d'instruction qu'il recevra; s'il sera placé dans une pension, dans un couvent, ou dans une maison de commerce, ou chez un artisan, etc.;

Ils ont dès lors évidemment aussi :

1° Le droit de garde ;

2° Le droit de correction, sur lesquels, d'ailleurs, nous allons plus spécialement nous expliquer.

620. — Il n'est pas douteux non plus, qu'il faut appliquer à l'enfant naturel l'article 374, d'après lequel l'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement volontaire, après l'âge de dix-huit ans révolus (aujourd'hui vingt ans; *supra*, n°s 305, 306).

621. — Cette première proposition n'est pas toutefois complète; et il ne faut pas séparer ce que j'ai dit de ce qui me reste à dire encore.

En traitant de la puissance paternelle sur les enfants légitimes, j'ai consacré une section spéciale à établir cette règle, savoir : que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour en réprimer les abus, et pour en modifier ou même pour en suspendre l'exercice dans la personne des père et mère (*supra*, n°s 358 et suiv.).

Or, le pouvoir des tribunaux est beaucoup plus certain encore et plus important relativement aux père et mère naturels. Il est en quelque sorte inhérent à leur puissance paternelle; il est un de ses éléments, une de ses conditions constitutives; et voilà pourquoi je n'ai pas dû en traiter séparément.

D'où vient ici cette plus grande étendue, cette plus grande importance du pouvoir discrétionnaire des magistrats?

Il y en a deux motifs :

1° L'insuffisance du Code Napoléon, son silence même souvent absolu, en ce qui concerne les effets de la puissance paternelle sur les enfants naturels; silence, qui augmente nécessairement le pouvoir réglementaire et l'espèce d'arbitrage qui appartiennent déjà aux tribunaux en cette matière (art. 4);

2° La raison, l'équité, l'intérêt de l'enfant naturel et de la société tout entière, qui exigent qu'en effet les magistrats aient encore, dans cette hypothèse, une autorité discrétionnaire plus grande, et d'où l'on peut même induire que l'absence d'une règle absolue n'est pas un oubli de la part du législateur qui aurait, au contraire, reconnu le danger d'une telle règle.

Et cela est si vrai, que de tout temps, dans notre ancienne jurisprudence, on s'est abstenu de poser *a priori* des règles fixes sur ce sujet, et de s'engager trop d'avance, sans voir et sans connaître, si je puis dire ainsi, envers les père et mère naturels! (Comp. Merlin, *Rép.*, t. IV, v° *Éducation*, § 2.)

622. — Ce pouvoir des magistrats, dont nous venons d'établir la légitimité et l'importance, a ici un double objet; et il s'exerce de deux manières :

1° Entre le père et la mère, lorsqu'ils ont tous deux reconnu l'enfant, pour décider, en cas de concurrence et de conflit, auquel appartiendra le soin de son éducation, la garde et le droit de correction (comp. Riom, 26 juill. 1854, Bouchet, Dev., 1854, II, 13);

2° A l'égard de l'enfant lui-même, pour décider d'une manière absolue, soit contre son père, soit contre sa mère, soit même contre son père et sa mère ensemble, de quelle manière il sera élevé, dans quel lieu il résidera, etc., etc.

623. — Et de là il faut déduire encore cette con-

séquence notable, que l'éducation de l'enfant naturel peut être l'objet :

Soit d'arrangements particuliers entre le père et la mère ;

Soit d'arrangements entre le père ou la mère et un tiers, par exemple, un parent du père ou de la mère ;

Soit enfin d'une clause, d'une condition apposée par un disposant à une libéralité entre-vifs ou testamentaire.

M'objecterez-vous que l'on ne peut déroger, par des conventions ou des dispositions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs (art. 6), et que les lois qui règlent l'autorité paternelle sont très-certainement de cet ordre ?

Voici ma réponse :

Je n'entends pas dire que les arrangements intervenus entre les père et mère ou des tiers, ou les conditions de la libéralité entre-vifs ou testamentaire, relativement à l'éducation de l'enfant naturel, seront toujours et nécessairement obligatoires, par eux-mêmes, par leur seule force.

Non, sans doute !

Mais ce que je crois, c'est que si ces arrangements ou conditions sont attaqués, les tribunaux appelés à en faire l'examen, devront considérer s'ils sont avantageux à l'enfant, s'il est dans l'intérêt de l'enfant, dans l'intérêt de son éducation morale et physique, que ces arrangements et conditions soient maintenus.

Et si les magistrats reconnaissent que tel est l'intérêt de l'enfant, et par suite l'intérêt de la société et des père et mère eux-mêmes, ils maintiendront en effet ces conventions et dispositions, en vertu de ce pouvoir discrétionnaire dont ils sont investis, et qui conférera

ainsi à ces clauses privées l'autorité même de la loi, dont la magistrature est l'organe.

Et cette proposition est très-sage et très-morale.

N'est-il pas moral et sage, en effet, que si le père a consenti à ce que sa fille naturelle soit élevée par sa mère, par sa mère honnête et rangée, cet accord soit maintenu, surtout si le père, lui, est un dissipateur, un débauché?

N'est-il pas sage et moral que si le père a fait un legs à son enfant naturel ou à la mère de cet enfant, à la condition que l'enfant serait élevé par la propre mère de son père, par exemple, ou par une tante, cette condition soit observée, surtout si la mère naturelle elle-même est sans fortune, sans éducation, sans mœurs? (Comp. Caen, 27 août 1828, D..., C. G., D., 1830, II, 246; Amiens, 12 août 1837, A... C... C., D., 1838, II, 157; Duranton, t. III, n° 360, p. 345; Cadrès, *des Enfants naturels*, n° 173; Valette sur Proudhon, t. II, p. 248, note *a*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 711, 712; Massé et Vergé, t. I, p. 334).

624. — Ces principes posés, nous avons à en faire maintenant l'application :

D'abord, à la garde et à la résidence de l'enfant;

Ensuite, à l'exercice du droit de correction.

SECTION II.

AUQUEL DU PÈRE OU DE LA MÈRE NATUREL APPARTIENNENT L'ÉDUCATION ET LA GARDE DE L'ENFANT.

SOMMAIRE.

625. — Lorsque le père ou la mère seulement a reconnu l'enfant, pas de difficulté. — L'éducation et la garde appartiennent à celui de ses auteurs qui seul l'a reconnu. — Il en est de même, lorsque tous deux l'ayant reconnu, l'un d'eux est décédé ou incapable d'exercer l'autorité paternelle.

626. — Mais que décider, lorsque le père et la mère ont reconnu

l'enfant, qu'ils existent encore tous les deux et qu'ils sont aussi tous les deux capables ? — Auquel des deux doivent être confiées la garde et l'éducation de l'enfant ?
627. — Deux opinions sont en présence. — Observation générale.
628. — Première opinion : La garde et l'éducation appartiennent, à titre égal et concurremment, au père et à la mère naturels.
629. — Deuxième opinion : C'est au père naturel qu'appartiennent, d'abord et régulièrement, la garde et l'éducation de l'enfant.
630. — Suite. — Il faut toujours, bien entendu, réserver le pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Exemple.
631. — Quelles personnes ont qualité pour demander aux tribunaux des mesures dans l'intérêt de l'enfant ?
632. — Suite.
633. — Suite.
634. — Suite.

625. — Point de difficulté, si l'enfant n'a été reconnu que par son père ou par sa mère seulement;

Ou si le père et la mère l'ayant également reconnu, l'un des deux est décédé ou se trouve, par une cause quelconque, dans l'impossibilité d'exercer l'autorité paternelle.

L'éducation et la garde de l'enfant appartiennent alors *régulièrement* au père ou à la mère, qui seul l'a reconnu, ou, si tous deux l'ont reconnu, à celui qui a survécu ou qui est capable de diriger son éducation.

Je dis régulièrement, parce qu'il faut toujours réserver le pouvoir d'arbitrage des magistrats, qui pourraient, suivant les circonstances, enlever la garde et l'éducation de l'enfant à son père ou à sa mère.

626. — Mais que décider, lorsque le père et la mère ont reconnu l'enfant, qu'ils existent encore tous les deux, et qu'ils sont aussi tous les deux capables ?

Le Code Napoléon garde, sur ce point, une réserve qu'on lui a reprochée; et peut-être est-il, en effet, regrettable qu'il ne nous ait pas donné une règle quelconque. Ajoutons pourtant que cette règle n'aurait pu être que très-générale et très-vague; car il était fort

difficile, en pareille matière, que le législateur posât, *a priori*, aucun principe absolu.

L'article 373 a bien pu dire d'avance que le père seul exerce l'autorité sur les enfants légitimes durant le mariage.

Le mariage est une situation régulière et normale; les époux demeurent ensemble; leur condition sociale est la même; leur manière de vivre, leurs habitudes sont les mêmes; et la légitimité de leur union est un titre tout acquis à la confiance de la loi (je ne parle pas de la séparation de corps, qui n'est qu'un accident et une exception, et pour laquelle d'ailleurs, le législateur a établi des dispositions spéciales (*voy.* notre t. IV, n°s 508 et suiv.).

Bien différente est la position des père et mère naturels!

Ils peuvent, à la vérité, quelquefois vivre ensemble; mais ils sont aussi très-souvent séparés, vivant chacun de son côté; leur éducation, leurs habitudes, leur fortune sont assez rarement les mêmes; et leur commune reconnaissance n'efface pas, comme le mariage, ces inégalités.

Ces deux reconnaissances ont pu d'ailleurs être faites dans des conditions plus ou moins différentes : soit en même temps, soit l'une après l'autre, et peut-être à un assez long intervalle;

L'un peut s'être marié depuis; l'autre être libre encore; tous les deux peuvent aussi être mariés, chacun de son côté;

L'un peut être honorable, aisé; l'autre déconsidéré, perdu de dettes;

Il se peut même que l'un et l'autre soient également indignes de la confiance de la loi;

Celui-ci brutal et violent; celui-là de mœurs douces et bienveillantes;

L'un est toujours en voyage; l'autre est sédentaire et paisible.

Il est impossible, en fait, que toutes ces circonstances n'exercent pas une influence considérable sur la question qui nous occupe, sur la question de savoir à qui seront confiées l'éducation et la garde de l'enfant.

Et voilà ce qui pourrait expliquer, sinon justifier entièrement, le silence que le législateur a gardé, croyant peut-être qu'il valait mieux s'en remettre à l'arbitrage des magistrats, du soin de décider en fait une question effectivement toute de fait.

Quoi qu'il en soit, essayons de poser les règles générales sous l'empire desquelles elle doit être résolue, en laissant toujours aux circonstances de chaque espèce la décisive influence, qui leur appartient en ce cas.

627. — Deux opinions principales sont en présence :

D'après la première, le père et la mère naturels ont, ensemble et concurremment, la garde et l'éducation de leur enfant.

La seconde enseigne que régulièrement, c'est le père naturel qui, par préférence à la mère, a la garde et l'éducation de l'enfant commun.

Je remarque d'abord que la séparation, qui existe entre ces théories, n'est pas très-profonde ni même peut-être très-sérieuse; car toutes les deux reconnaissent le pouvoir discrétionnaire des tribunaux, pour décider, en cas de contestation, à qui l'enfant sera confié ; il n'y a entre elles dissidence que sur le point de savoir à qui sera la garde de l'enfant, tant que les magistrats n'auront pas statué.

628. — La première opinion raisonne ainsi :

Les droits de la mère naturelle sont égaux aux droits

du père, toutes les fois qu'un texte n'accorde pas une prépondérance quelconque au père;

Or, aucun texte n'attribue au père, par préférence à la mère, la garde et l'éducation de l'enfant commun;

Donc, cette éducation leur appartient à titre égal et concurremment.

Voilà même ce qui résulte de l'article 383, qui attribue le droit de correction *aux père et mère* des enfants naturels légalement reconnus.

On objecterait en vain l'article 373 :

1° Parce que son texte n'est applicable qu'aux enfants légitimes, *durant le mariage;*

2° Parce que son motif surtout ne concerne nullement les père et mère naturels.

C'est parce que le mari exerce la puissance maritale sur sa femme (art. 214), qu'on a dû lui conférer aussi exclusivement durant le mariage, l'exercice de la puissance paternelle sur les enfants; or, le père naturel n'a aucune puissance, aucune autorité sur la mère.

Les père et mère naturels sont, sous ce rapport, dans la même position que les époux entre lesquels le divorce avait été prononcé; et par conséquent ce n'est pas l'article 373 qu'il faut leur appliquer, mais bien plutôt l'article 302 (comp. Delvincourt, t. I, p. 93, note 11; Toullier, t. II, n° 1076; Duranton, t. III, n° 360; Vazeille, *du Mariage*, t. II, n° 474; Ducaurroy, t. I, n° 562).

629. — J'aime mieux décider que c'est au père naturel qu'appartiennent régulièrement la garde et l'éducation de l'enfant.

Et d'abord, si le père et la mère naturels vivent ensemble maritalement, je crois, avec M. Valette, qu'il faudrait même *nécessairement* accorder au père l'édu-

cation (et le droit de correction) de l'enfant (sur Proudhon, t. II, p. 218, note *a*). Vous auriez beau l'accorder, en pareil cas, à la mère, il est bien certain que c'est le père qui l'exercera.

Mais, dans le cas même où les père et mère vivent séparés l'un de l'autre, je crois encore que régulièrement c'est le père qui doit avoir la garde et l'éducation de l'enfant:

1° Il ne me paraîtrait pas raisonnable d'attribuer au père et à la mère naturels en même temps une autorité absolument égale sur l'enfant. L'un voudra le mettre en pension; l'autre le placer dans une maison de commerce; celui-ci voudra le faire détenir; celui-là s'y opposera; c'est-à-dire que ce seraient, à tout propos, des tiraillements et des conflits, au grand détriment de l'éducation de l'enfant et de l'autorité paternelle, dont l'exercice serait ainsi presque toujours impossible;

2° Il faut donc que l'un des deux l'exerce, par préférence à l'autre; or, cette préférence me paraît devoir appartenir régulièrement au père.

C'est le nom du père que l'enfant porte; et il y a là une garantie de plus; car le père est intéressé à ce que son nom ne soit pas déshonoré ou compromis par l'inconduite de son enfant (*voy.* notre t. V, n° 543).

C'est la nationalité du père, qui devient celle de l'enfant (*voy.* notre t. I, n° 149).

En cas de mariage, c'est le consentement du père qui l'emporte (art. 158); et on objecterait en vain que c'est là une disposition spéciale qui s'explique par la faveur du mariage; car au contraire le refus du père empêche le mariage, malgré le consentement de la mère!

Tout cet ensemble de dispositions annonce la prééminence du père même naturel sur la mère, prééminence qui est fondée, dans tous les cas, sur la supé-

riorité du sexe; et on peut dire que l'article 383, relatif au droit de correction, le suppose lui-même, quoique très-indirectement, en accordant ce droit d'abord au père.

3° Ces motifs prouvent que l'article 302 n'est pas applicable régulièrement et de plein droit à notre hypothèse. L'article 302 était la conséquence d'un procès de divorce; et le tribunal, actuellement saisi, statuait en même temps que sur le sort des époux, sur le sort des enfants.

Mais au contraire, dans notre hypothèse, nous supposons que c'est avant toute contestation, qu'il s'agit de résoudre la question de savoir auquel du père ou de la mère naturel appartiennent la garde et l'éducation de l'enfant;

4° Enfin j'ajoute que cette doctrine n'a aucun danger, aucun inconvénient, puisqu'en cas de réclamation de la part de la mère, les tribunaux peuvent enlever l'éducation et la garde au père et statuer pour le plus grand intérêt de l'enfant (*voy.* notre t. I, n° 361; Marcadé, t. II, art. 383, n° 2; Zachariæ, t. IV, p. 85; Taulier, t. I, p. 488; Cadrès, *des Enfants naturels*, n° 173).

630. — Car je réserve toujours, sur toutes ces questions, le pouvoir discrétionnaire des tribunaux.

Les magistrats pourront donc ordonner, pour le plus grand avantage de l'enfant, toutes les mesures qui leur paraîtront utiles et convenables (arg. des articles 267, 302, 303).

Ils pourront enlever au père l'éducation et la garde de l'enfant pour les confier à la mère, surtout s'il s'agit d'une jeune fille.

Ils pourront l'enlever à la mère elle-même, à laquelle ils l'auraient d'abord confiée, pour la rendre au père, ou même pour la confier à une tierce personne.

Il n'est pas douteux, en effet, d'après tout ce que

nous avons établi, que les tribunaux ont le pouvoir d'enlever la garde de l'enfant tout ensemble et au père et à la mère, si l'enfant ne reçoit, chez l'un comme chez l'autre, que de mauvais exemples ou de mauvais traitements.

Le genre d'éducation et d'instruction qu'il convient de donner à l'enfant;

La maison, pensionnat, couvent, boutique, etc. où il sera placé;

Si son père et sa mère pourront le faire sortir;

Quels jours, à quelles heures, etc.

Toutes ces questions rentrent dans le domaine du pouvoir réglementaire des tribunaux (comp. Agen, 16 frimaire an XIV, Meusac, Sirey, 1806, II, 49; Pau, 13 février 1822, Lalanne, Sirey, 1823, II, 91; Caen, 27 août 1827, D... C. de La G..., Dev., 1830, II, 245; Bruxelles, 23 décembre 1830, W... C, N..., Dev., 1831, II, 57; Paris, 4 juillet 1836, S... C. B..., Dev., 1838, II, 444; Lyon, 8 mars 1859, Montgirard, Dev., 1860, II, 431; Merlin, *Rép.*, t. IV, v° *Éducation*, § 2; Loiseau, *des Enfants naturels*, p. 530, 537; Toullier, t. II, n° 1076; Vazeille, *du Mariage*, t. II, art. 473; Marcadé, t. II, art. 383, n° 2; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 713; Massé et Vergé, t. I, p. 334).

631. — Ces mesures pourront être demandées au tribunal:

Soit par la mère naturelle contre le père;

Soit réciproquement par le père contre la mère;

Soit par le tuteur ou le subrogé tuteur de l'enfant.

632. — Je crois aussi que tout membre du conseil de famille, s'il en existait un, pourrait requérir, à cet effet, la convocation du conseil de famille, pour que l'un de ses membres fût chargé de cette mission.

633. — Et le juge de paix aurait aussi, selon moi, le droit de convoquer d'office un conseil de famille à

cette fin (art. 406); car les enfants naturels étant sans parents, il importe que l'autorité publique veille sur eux avec sollicitude.

634. — Pourquoi même ne reconnaîtrions-nous pas à l'enfant, personnellement, s'il est suffisamment âgé, le droit d'agir en son nom propre et de se plaindre des mauvais traitements dont il serait la victime?

Il s'agit ici d'un droit personnel, en effet, d'un droit direct, dont l'exercice semble devoir être direct et personnel (*supra*, n° 400).

SECTION III.

DU DROIT DE CORRECTION A L'ÉGARD DES ENFANTS NATURELS. — PAR QUI ET COMMENT PEUT-IL ÈTRE EXERCÉ?

SOMMAIRE.

635. — Article 383.
636. — Conséquences et applications certaines de cet article.
637. — A. Par qui le droit de correction doit-il être exercé ?
638. — B. Comment le droit de correction doit-il être exercé? — Les articles 380, 381 et 382 sont-ils applicables à l'enfant naturel?
639. — Position de la question.
640. — Relativement au père.
641. — Relativement à la mère.
642. — Trois opinions sont en présence.
643. — Première opinion : Les articles 380, 381 et 382 sont, tous les trois, inapplicables aux enfants naturels.
644. — Deuxième opinion : L'article 382 est applicable à l'enfant naturel; mais on ne doit pas lui appliquer les articles 380 et 381.
645. — Troisième opinion : Les articles 380, 381 et 382 sont, tous les trois, applicables aux enfants naturels.
646. — Suite. — Conclusion, en ce qui concerne le père naturel.
647. — Conclusion, en ce qui concerne la mère naturelle.

635. — Ici nous avons un texte; mais la rédaction en est telle, qu'il a donné lieu à de sérieuses controverses.

L'article 383 est ainsi conçu :

« Les articles 376, 377, 378 et 379 seront com-

« muns aux pères et mères des enfants naturels léga-
« lement reconnus. »

636. — Voici d'abord ce qui résulte certainement de cette disposition :

1° L'enfant naturel peut être détenu, suivant la distinction déterminée par les articles 376 et 377, tantôt par voie d'autorité, tantôt par voie de réquisition ;

2° Il n'y a, dans l'un ou dans l'autre cas, aucune écriture ni formalité judiciaire, si ce n'est l'ordre même d'arrestation, dans lequel les motifs ne sont pas énoncés.

Le père est seulement tenu de souscrire une soumission de payer tous les frais et de fournir les aliments convenables (art. 378) ;

3° Enfin le père et la mère naturels peuvent toujours abréger la durée de la détention de l'enfant ; comme ils peuvent, en cas de nouveaux écarts, recourir aussi de nouveau à ce moyen de correction (art. 380).

637. — Maintenant viennent nos deux questions principales :

A. Par qui le droit de correction doit-il être exercé ?

B. Comment doit-il être exercé, soit par le père, soit par la mère ?

A. Et d'abord, par qui le droit de correction doit-il être exercé ?

L'article 383 ne s'explique pas suffisamment à cet égard.

Nous croyons que la solution de cette question est subordonnée à celle que l'on adoptera, relativement à la garde et à l'éducation de l'enfant.

Le droit de correction est l'un des moyens de l'éducation, l'un des attributs de l'autorité paternelle ; la logique et la raison exigent donc qu'il appartienne à celui auquel appartient l'exercice de l'autorité paternelle et le soin de l'éducation de l'enfant.

Il nous suffit donc ici de nous référer aux règles que

nous avons établies dans la section précédente, et de les résumer ainsi :

Si l'enfant n'a été reconnu que par son père ou par sa mère seulement, ou si ses père et mère l'ayant à la fois reconnu, l'un est mort ou dans l'impossibilité d'exercer l'autorité paternelle, le droit de correction sera exercé par celui qui seul a reconnu l'enfant, ou par celui qui a survécu ou qui est capable.

Si les père et mère, qui ont reconnu l'enfant, existent et sont capables tous les deux, régulièrement, c'est le père qui exercera le droit de correction; on peut dire même *nécessairement*, si le père et la mère vivent et demeurent ensemble (*voy.* les *Ordonnances sur référés* de M. de Belleyme, t. I, p. 15, note 3).

Il nous serait difficile d'admettre la doctrine de Demante, qui enseigne que si le père et la mère existent tous deux, l'un ne pourra agir sans le concours de l'autre (t. II, n° 128 *bis*, III).

Nous croyons, en effet, que ce partage d'autorité ne pourrait avoir que des conséquences fâcheuses (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 711 ; Massé et Vergé, t. I, p. 335).

Mais les magistrats auront toujours le pouvoir d'enlever le droit de correction à celui qui l'exerce, en lui enlevant la garde et l'éducation de l'enfant.

638. — B. Comment le droit de correction doit-il être exercé?

On se rappelle que, d'après les articles 380, 381 et 382, le droit de correction en ce qui concerne les enfants légitimes, est anéanti dans un certain cas, et d'autres fois, modifié quant à ses conditions d'exercice par suite de certaines circonstances prévues par ces articles.

Or, l'article 383 ne rappelle pas les articles 380, 381 et 382.

Et de là précisément la question de savoir si ces articles sont ou ne sont pas applicables, en tout ou en partie, aux père et mère de l'enfant naturel.

639. — Cette question générale renferme plusieurs questions de détail :

Les unes, relatives au père naturel ;

Les autres, relatives à la mère.

640. — Ainsi relativement au père :

1° Il est marié.... Appliquerez-vous l'article 380? et le père ne pourra-t-il faire détenir que par voie de réquisition son enfant naturel, lors même qu'il serait âgé de moins de seize ans?

2° L'enfant a des biens personnels, ou il exerce un état.... Appliquerez-vous l'article 382? et le père ne pourra-t-il aussi, dans ces cas, le faire détenir que par voie de réquisition, lors même qu'il serait au-dessous de seize ans?

641. — De même, relativement à la mère :

1° Pourra-t-elle agir non-seulement par voie de réquisition, mais même aussi par voie d'autorité, si l'enfant a moins de seize ans?

2° Aura-t-elle besoin du concours de deux personnes, qui seraient non pas sans doute les deux plus proches parents paternels de l'enfant (l'enfant naturel n'a pas civilement de parents paternels), mais suivant les cas, deux amis connus du père, ou deux membres du conseil de famille?

3° Enfin si la mère naturelle est mariée, aura-t-elle perdu le droit de faire détenir son enfant?

642. — Trois opinions différentes me paraissent avoir été produites :

La première déclare absolument inapplicables aux père et mère naturels les articles 380, 381 et 382;

La seconde distingue; elle n'applique pas non plus

aux père et mère naturels les articles 380 et 381; mais elle applique l'article 382;

Enfin, la troisième, qui me paraît la plus juridique et la meilleure, déclare au contraire applicables aux père et mère naturels nos trois articles sans distinction, les articles 380, 381 et 382.

643. — Écoutons les principaux moyens de ces trois systèmes.

Voici d'abord venir le premier, qui soutient que soit d'après le texte même de la loi, soit d'après ses motifs, on ne doit étendre aux père et mère naturels l'application d'aucun de ces trois articles :

Le texte!... que dit en effet l'article 383?

« Les articles 376, 377, 378 et 379 sont appli-
« cables aux père et mère des enfants naturels.... »

Il s'arrête à l'article 379.... et vous, vous voulez continuer! mais c'est ajouter à la loi, qui évidemment aurait compris, dans son énumération, les articles 380, 381 et 382, si elle avait voulu les appliquer aussi aux père et mère naturels.

Les motifs de cette différence sont d'ailleurs faciles à comprendre : l'enfant naturel est très-souvent mécontent de son sort, irrespectueux, et dès lors plus insoumis, plus difficile à gouverner que l'enfant légitime.

Or, précisément les père et mère naturels ont eux-mêmes moins d'ascendant et d'autorité morale.

Il fallait donc que la loi leur donnât une autorité légale plus forte et plus énergique, non pas dans leur intérêt à eux-mêmes, mais dans l'intérêt de l'enfant et de la société tout entière.

Qu'on ne se récrie pas contre cette différence, qui fait que les père et mère naturels auront une puissance plus grande que les père et mère légitimes; car cette différence est fondée sur la raison, sur la nécessité même.

En conséquence, cette opinion conclut :

1° Que la mère naturelle pourra faire détenir, par voie d'autorité, son enfant âgé de moins de seize ans ; l'article 383 ne déclare-t-il pas l'article 376 applicable aux père *et mère* des enfants naturels ?

2° Qu'elle n'aura pas besoin du concours de deux personnes, pour le faire détenir par voie de réquisition ;

3° Que l'enfant, âgé de moins de seize ans, pourra toujours être détenu, par voie d'autorité, soit par son père, soit par sa mère, lors même qu'il aurait des biens personnels ou qu'il exercerait un état ;

4° Enfin, que malgré le mariage du père avec une autre que la mère de l'enfant, ou de la mère avec un autre que le père, chacun d'eux conserve la plénitude du droit de correction (comp. Proudhon, t. I, p. 248, 249; Duranton, t. III, n° 360 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 711 ; Taulier, t. I, p. 484, 485, Allemand, *du Mariage*, t. II, n° 1089).

644. — La seconde opinion applique aux père et mère naturels l'article 382.

Mais elle refuse de leur appliquer les articles 380 et 381.

Il faut avant tout, dit-elle, s'attacher aux motifs de la loi ;

Or, d'une part, il n'y a absolument aucune raison pour ne pas accorder à l'enfant naturel qui a des biens personnels ou qui exerce un état, la même garantie qu'à l'enfant légitime, qui se trouve dans ces conditions ;

Donc, il faut lui appliquer l'article 382.

Mais, d'autre part, les relations illicites qui ont donné naissance à l'enfant naturel, ne sauraient avoir, aux yeux de la loi, les effets d'un premier mariage ;

Donc, il ne faut pas appliquer les articles 380 et

381 (Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, art. 383, nos 561, 562; Demante, t. II, n° 128 *bis*, V).

645. — Enfin, la troisième opinion, que je propose de suivre, déclare sans distinction les trois articles (380, 381 et 382) applicables aux père et mère de l'enfant naturel.

Voici mes motifs :

Il est vrai que l'article 383 ne mentionne pas les articles 380, 381 et 382.

Et c'est bien là ce qui fait la question.

Mais il ne sera pas douteux qu'il n'en faudra pas moins appliquer ces trois articles aux père et mère naturels :

1° Si, de l'aveu de tous, certains articles de notre titre, quoique non mentionnés dans l'article 383, leur sont pourtant applicables;

2° Si l'intention déclarée des rédacteurs du Code Napoléon a été en effet de les leur appliquer;

3° Enfin, si cette application est également réclamée dans tous les cas par les mêmes motifs et par des considérations d'une égale force.

Or, ces trois ordres d'arguments se présentent ici d'une manière qui me paraît irrécusable :

1° Les articles 371, 372 et 374 ne sont pas mentionnés dans l'article 383;

Or, nul ne voudrait soutenir que ces trois articles ne sont pas applicables aux père et mère naturels;

Donc, l'objection tirée de ce que l'article 383 ne mentionne pas les articles 380, 381 et 382, n'est pas concluante.

2° Nous avons déjà dit qu'il existait, dans le projet, un article qui déclarait communs aux père et mère naturels *les articles*, tous les articles du titre *de la Puissance paternelle*, et qu'il n'avait été modifié que

parce qu'on n'avait pas voulu leur accorder l'usufruit légal (*supra*, n° 617).

L'orateur du gouvernement s'exprimait ainsi, dans l'exposé des motifs :

« Un des articles du projet accorde la même puissance et les mêmes droits aux père et mère des enfants naturels légalement reconnus.... » (Fenet, t. X, p. 521.)

Donc, il a été dans l'intention du législateur d'appliquer les articles 380, 381 et 382 aux père et mère naturels.

Et s'il ne les a pas spécialement rappelés, c'est peut-être parce qu'en arrivant aux articles 380 et 381, il a rencontré ces mots : *le père remarié* et *la mère non remariée*, dont la rédaction, supposant un premier mariage, ne convenait pas textuellement aux père et mère naturels.

Et il aura dès lors paru suffisant au législateur de rappeler, dans l'article 383, les règles principales du droit de correction, règles dont les articles 380, 381 et 382 ne sont que la suite et le complément; et il aura pensé qu'en déclarant applicables aux père et mère naturels les articles 376 à 379, il les déclarait applicables tels qu'ils le sont seulement en effet, c'est-à-dire sous les conditions et modifications inséparables qu'y apportent les articles 380, 381 et 382.

3° Les règles de la logique et de la morale exigeaient enfin qu'il en fût ainsi; car il ne serait ni logique ni moral d'accorder aux père et mère naturels plus d'autorité qu'aux père et mère légitimes; et les motifs qui ont dicté les articles 380, 381 et 382, sont pour le moins ici les mêmes.

Est-ce qu'en effet les père et mère naturels peuvent inspirer à la loi autant de confiance que les père

et mère légitimes? Est-ce qu'ils ne sont pas au contraire tout d'abord suspects par le fait même de leur inconduite?

Et l'enfant lui-même!

Est-ce qu'il n'a pas encore plus besoin de protection et de garantie que l'enfant légitime?

L'enfant légitime! mais il a pour lui toute sa famille, qui peut intervenir, intercéder, qui même sans agir, contient peut-être, par sa seule présence, les injustes ressentiments du père ou de la mère.

L'enfant naturel, lui! il est tout seul! point de famille! des indifférents partout, souvent même des adversaires et des ennemis parmi les parents de ses père et mère.

Ajoutez que l'opinion, que les mœurs publiques, qui peuvent aussi retenir les père et mère légitimes dans le respect de leurs devoirs, ont presque toujours beaucoup moins d'empire sur les père et mère naturels.

Et l'on accorderait aux père et mère naturels plus de pouvoir qu'aux père et mère légitimes!

Non! cela ne serait ni moral ni logique (D., *Rec. alph.*, v *Puissance paternelle*, p. 487).

646. — Voici, en conséquence, mes conclusions.

En ce qui concerne le père naturel :

1° Il ne pourra faire détenir que par voie de réquisition, son enfant même au-dessous de seize ans, lorsqu'il aura épousé une femme autre que la mère de cet enfant (art. 380). Car l'hostilité de l'épouse légitime n'est pas moins à craindre pour l'enfant naturel, que son mari a eu avant le mariage, que l'hostilité de la seconde femme pour les enfants du premier lit; elle sera surtout à craindre, si la concubine du mari, la mère de l'enfant naturel, existe encore!

2° Le père naturel ne pourra aussi faire détenir que

par voie de réquisition son enfant même au-dessous de seize ans, lorsque l'enfant aura des biens personnels, ou lorsqu'il exercera un état (art. 382). Car les motifs sont de tous points les mêmes que pour l'enfant légitime; et même l'enfant naturel, ordinairement moins aisé et plus malheureux, mérite dans ces deux cas surtout, d'être protégé par la loi.

647. — En ce qui concerne la mère naturelle :

1° Elle ne pourra jamais, pas plus que la mère légitime, faire détenir son enfant par voie d'autorité.

On m'objecte en vain que l'article 383 déclare l'article 376 applicable aux *père et mère* de l'enfant naturel.

L'article 383 ne mentionne pas seulement l'article 376; il y ajoute les articles 377, 378 et 379; et il n'en résulte pas dès lors que l'article 376, applicable au père, doive l'être aussi également à la mère, lorsque les autres articles et les motifs de la loi s'y opposent (art. 381.)

2° Quant au point de savoir si la mère naturelle ne pourra requérir la détention qu'avec le concours de deux amis du père ou de deux membres d'un conseil de famille, il peut être plus contesté; et il est du reste plus secondaire (comp. Valette sur Proudhon, t. II, p. 250, note *a*; Marcadé, t. II, art. 383, n° 2; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, art. 383, n° 561; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 335, Demante, t. II, n°s 128 *bis*, VI-X).

Je crois néanmoins aussi, pour ma part, que cette condition de l'article 381 doit être appliquée à la mère naturelle, autant qu'elle peut l'être, suivant le caractère de cette filiation.

3° Enfin la mère naturelle mariée à un autre que le père de son enfant, ne peut plus requérir sa détention (art. 381).

Je dirai ici surtout ce que j'ai dit tout à l'heure sur la même question relativement au père. L'hostilité du mari légitime de la mère peut être fort à craindre pour son enfant naturel, principalement si l'homme avec lequel la femme a eu des relations avant son mariage, existe encore (comp. Cass., 31 août 1815, Cryel, Sirey, 1815, t. I, p. 361).

CHAPITRE II.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE, RELATIVEMENT A L'ADMINISTRATION ET AUX REVENUS DES BIENS APPARTENANT A L'ENFANT NATUREL.

SOMMAIRE.

648. — Exposition.
649. — Les père et mère naturels ont-ils l'usufruit légal des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans ou jusqu'à leur émancipation?
650. — Les père et mère naturels sont-ils chargés par la loi de l'administration des biens de leur enfant?
651. — Suite. — Importance de la solution.
652. — Quel sera le tuteur chargé d'administrer les biens de l'enfant naturel? — Renvoi.

648. — Nous avons vu que les père et mère légitimes ont, en vertu de la puissance paternelle, l'administration et l'usufruit des biens de leurs enfants.

En est-il ainsi des père et mère naturels?

Le Code Napoléon est muet, en ce qui concerne les règles qui doivent être appliquées aux biens des enfants naturels reconnus.

Le fait que l'enfant naturel mineur n'a que très-rarement des biens personnels, peut expliquer cette lacune; mais il faut convenir qu'il ne la justifie pas;

car enfin ces enfants peuvent aussi avoir des biens propres.

Voyons donc les principes par lesquels ils devraient être régis.

649. — Et d'abord, les père et mère naturels ont-ils l'usufruit légal des biens de leurs enfants, jusqu'à l'âge de dix-huit ans ou jusqu'à leur émancipation?

L'affirmative a été enseignée (Salviat, *de l'Usufruit*, t. II, p. 110; Loiseau, *Traité des Enfants naturels*, p. 550; Favard, *Répert.*, v° *Enfant naturel*, § 2, n° 2).

Mais l'opinion contraire, généralement ou plutôt presque unanimement suivie, ne nous paraît pas en effet sérieusement contestable :

1° L'usufruit *légal* ne peut exister qu'en vertu de *la loi;* cette proposition est d'autant plus certaine, qu'il s'agit d'un droit exceptionnel; quoi de plus exceptionnel en effet, qu'une disposition législative qui confère à une personne la totalité des revenus d'une autre personne?

Or, aucune loi, aucun texte n'attribue aux père et mère naturels l'usufruit légal des biens de leurs enfants;

Donc, cet usufruit ne saurait leur appartenir;

2° Et non-seulement aucun texte ne leur attribue cet usufruit;

Mais l'article 384, qui l'accorde aux père et mère légitimes, le refuse au contraire par voie d'exclusion aux père et mère naturels.

La preuve en résulte de ses termes mêmes, qui supposent le mariage des père et mère et par suite la légitimité des enfants :

Durant le mariage.... Après la dissolution du mariage....

Elle résulte de la place même que l'article 384 occupe, dans le titre *de la Puissance paternelle*, immé-

diatement après l'article 383, qui vient d'accorder aux père et mère naturels le droit de correction.

Elle résulte enfin de la modification qu'a subie l'article du projet, et dont nous avons déjà parlé (*supra*, n° 645).

Le projet portait que :

Les articles du présent titre seront communs aux père et mère des enfants naturels légalement reconnus (Locré, *Législ.*, t. VII, p. 14).

Et cette rédaction a été remplacée par celle qui forme aujourd'hui l'article 383, précisément afin de ne pas attribuer l'usufruit légal aux père et mère naturels.

3° C'est qu'en effet les motifs n'étaient pas les mêmes; ou plutôt c'est qu'il y avait de très-sérieuses raisons pour ne pas concéder aux père et mère naturels cette jouissance.

On ne devait pas accorder à la paternité naturelle une sorte de récompense pécuniaire;

Il fallait craindre aussi que cette récompense, si elle existait, ne devînt elle-même une cause de reconnaissances frauduleuses, toujours plus ou moins difficiles à contester;

Enfin la part des enfants naturels dans la succession de leurs père et mère étant en général assez réduite, il n'était pas juste de conférer à ceux-ci sur les biens personnels de l'enfant, un usufruit universel; car l'accroissement qui aurait pu en résulter dans la fortune des père et mère, aurait presque toujours plus tard profité surtout à d'autres qu'à l'enfant lui-même.

On objecterait en vain que l'usufruit légal est la récompense des peines et des soins que cause aux père et mère l'éducation de l'enfant, et que les père et mère naturels ont ces soins et ces peines autant que les père et mère légitimes.

Ce motif, sans doute, est un de ceux qui ont fait établir l'usufruit paternel, mais il n'est pas le seul; l'usufruit a aussi pour cause les soins que donne aux père et mère légitimes l'administration légale des biens de l'enfant; et nous allons voir que les père et mère naturels n'ont pas cette administration légale.

Enfin, quels qu'aient pu être les motifs du législateur, il est certain que l'usufruit légal n'est pas un accessoire *essentiel*, mais seulement *naturel* de la puissance paternelle, et que la puissance paternelle peut exister sans cet usufruit.

Nous avons aussi déjà remarqué que l'usufruit n'était pas attaché conditionnellement à ces motifs, et qu'il existait et qu'il durait, alors même que les motifs de son établissement avaient cessé.

De même il faut dire que cet usufruit n'existe pas, en dehors du texte qui l'établit, lors même que l'on invoquerait pour une hypothèse en dehors du texte, les mêmes motifs; ce qui n'est pas exact ici à beaucoup près, comme nous venons de le prouver (Pau, 13 fév. 1822, Lalanne, Sirey, 1823, II, 89; Caen, 22 mars 1860, Labbey, *Rec. des Arrêts de Caen et de Rouen*, 1860, p. 97; Delvincourt, t. I, p. 93, note 2; Toullier, t. II, n°s 973 et 1075; Proudhon et Valette, t. II, p. 252; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Nap.*, p. 215; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 124; Duranton, t. III, n°s 360 et 364; Rolland de Villargues, Sirey, 1813, II, 19; Marcadé, t. II, art. 384, n° 4; Taulier, t. I, p. 504; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 714, 715; Massé et Vergé, t. I, p. 335; Vazeille, *du Mariage*, t. II, n° 477; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 563; Cadrès, *des Enfants naturels*, p. 216, n° 177; Chardon, *Puiss. pat.*, n° 118; Magnin, *des Minorités*, t. I, n° 268; Richefort, *État des familles*, t. II, n° 273; Demante, t. II, n° 128 *bis*, I).

650. — Reste à savoir si du moins les père et mère naturels sont chargés par la loi de l'administration des biens de leur enfant.

Toullier, qui d'ailleurs ne discute pas la question, semble toutefois la résoudre par l'affirmative (t. II, n° 1073; ajout. Favard de Langlade, *Répert.*, v° *Enfant naturel*, § 3, n° 2).

Mais cette solution ne me paraîtrait pas juridique.

Précisons bien d'abord les termes de notre question.

Nous traitons ici de la puissance paternelle; et il s'agit de savoir si, en vertu de la puissance paternelle, les père et mère naturels ont, comme les père et mère légitimes, l'administration légale des biens de leurs enfants.

En un mot, l'article 389 leur est-il applicable?

Eh bien! je crois qu'il faut répondre négativement :

1° Les père et mère naturels ne pourraient avoir l'administration *légale* (de même que l'usufruit *légal*), qu'en vertu d'un texte *de loi;*

Or, non-seulement aucun texte ne leur accorde cette administration; mais l'article 389 la leur refuse implicitement par ses termes, qui ne s'appliquent qu'aux père et mère légitimes :

« Le père est, *durant le mariage*, administrateur des « biens personnels de ses enfants mineurs.... »

Et l'article 390, continuant la même hypothèse, ajoute :

« *Après la dissolution du mariage....* etc. »

Donc, les père et mère naturels n'ont pas cette administration.

2° La logique et la prévoyance exigeaient tout à la fois qu'il en fût ainsi.

La logique d'abord; et en effet, ce n'est que pendant le mariage, que le père légitime est administrateur des biens de ses enfants mineurs; après la dissolution du mariage arrivée par la mort (et autrefois aussi par le

divorce), l'administration légale prend fin pour faire place à la tutelle;

Or, le père et la mère naturels n'étant pas mariés, se trouvent exactement dans la même position que les époux autrefois divorcés, ou que le survivant des époux après la mort du prédécédé;

Donc, il doit toujours y avoir lieu à la tutelle et non pas à l'administration légale.

Si l'enfant n'avait été reconnu que par son père ou par sa mère, est-ce que celui qui seul l'aurait reconnu, serait administrateur légal de ses biens? Mais vraiment, cela est impossible; car il se trouve exactement dans la position du survivant des époux.

Or, il n'importe en aucune façon, sous ce rapport, que l'enfant n'ait été reconnu que par un seul ou qu'il ait été reconnu par les deux; puisque les père et mère, qui ont tous deux reconnu l'enfant, n'en sont pas moins étrangers l'un à l'autre.

On ne s'expliquerait pas qu'il y eût tutelle, lorsqu'un seul aurait reconnu l'enfant, ou que tous les deux l'ayant reconnu, l'un d'eux serait décédé, et qu'il y eût administration légale, lorsque tous les deux l'auraient reconnu et existeraient encore.

Donc, en aucun cas, les père et mère naturels n'ont *l'administration légale* des biens de leur enfant;

Donc, l'article 389 ne leur est pas applicable;

Donc, c'est en vertu de l'article 450 que les biens de l'enfant seront administrés (Marcadé, t. II, art. 389, n° 2; Taulier, t. I, p. 504; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 714; Demante, t. II, n° 128 *bis*, I).

651. — Cette solution est très-importante; car nous savons la différence qui existe entre l'administration légale et la tutelle.

Dans l'administration, point d'hypothèque légale, point de subrogé tuteur.

Au contraire, la tutelle est toujours accompagnée de ces deux garanties.

Et c'est là encore un motif de plus pour expliquer comment les biens de l'enfant naturel sont toujours placés sous le régime de la tutelle; car les garanties que présente la légitimité des époux et l'esprit de famille, dans l'intérêt de l'enfant légitime, n'existant pas alors, il était sage de les remplacer par des garanties positives, que ne donne pas *l'administration paternelle*, mais que fournit précisément *l'administration tutélaire.*

652. — Maintenant, quel sera ce tuteur, chargé d'administrer les biens de l'enfant naturel?

Est-ce le père ou la mère qui aura seul reconnu l'enfant?

Et si tous les deux l'ont reconnu, est-ce le père qui sera tuteur par préférence à la mère?

Ou bien en d'autres termes :

La tutelle légale de l'enfant naturel appartient-elle au père ou à la mère, qui l'a reconnu? (Art. 390.)

La tutelle de l'enfant naturel est-elle au contraire toujours dative, de telle sorte que le conseil de famille pourrait la confier, suivant les cas, et pour le plus grand intérêt de l'enfant :

Soit au père;

Soit à la mère;

Soit même à une tierce personne?

Cette question est controversée dans la doctrine et dans la jurisprudence.

Mais elle appartient au titre suivant; et nous aurons bientôt l'occasion de la résoudre, à sa place, lorsque nous exposerons les règles qui concernent la tutelle des enfants naturels légalement reconnus.

FIN DU TOME SIXIÈME.

TABLE DES MATIÈRES

DU SIXIÈME VOLUME.

TITRE HUITIÈME.

DE L'ADOPTION ET DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.

Exposition préliminaire. — Historique. — Sommaire..... Page 1

PREMIERE PARTIE.

DE L'ADOPTION.

Division générale. — Sommaire..... 8

CHAPITRE PREMIER.

Quelles sont les conditions requises pour adopter ou être adopté? — Division.—Sommaire..... 8

SECTION I.

Des conditions requises dans la personne soit de l'adoptant, soit de l'adopté, pour l'adoption ordinaire.— Sommaire..... 9

SECTION II.

Des conditions requises dans la personne soit de l'adoptant, soit de l'adopté, pour l'adoption dite rémunératoire ou privilégiée. — Sommaire..... 69

SECTION III.

Des conditions requises dans la personne soit de l'adoptant, soit de l'adopté, pour l'adoption testamentaire. — Sommaire..... 78

CHAPITRE II.

Quelles sont les formes de l'adoption? — Division..... 85

SECTION I.

Des formes de l'adoption contractuelle. — Sommaire..... 86

SECTION II.

Des formes de l'adoption testamentaire. — Sommaire.....Page 119

CHAPITRE III.

Quels sont les effets de l'adoption? — Sommaire..... 121

CHAPITRE IV.

Quelles sont les causes de nullité ou d'annulation de l'adoption? — Par qui, comment et pendant combien de temps peuvent-elles être proposées? — Sommaire..... 167

SECONDE PARTIE.

DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.

Définition. — Division 189

SECTION I.

Quelles sont les conditions de la tutelle officieuse? — Sommaire. 190

SECTION II.

Quelles sont les formes de la tutelle officieuse? — Sommaire ... 193

SECTION III.

Quels sont les effets de la tutelle officieuse? — Sommaire..... 194

TITRE NEUVIÈME.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

Exposition générale. — Historique. — Division. — Sommaire... 212

PREMIÈRE PARTIE.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE, EN CE QUI CONCERNE LES ENFANTS LÉGITIMES.

Considérations générales. — Sommaire..... 222

CHAPITRE PREMIER.

Des effets de la puissance paternelle en ce qui concerne la personne de l'enfant légitime. — Division 234

SECTION I.

Par qui la puissance paternelle est-elle exercée ?— Sommaire. Page 234

SECTION II.

Quels sont les effets de la puissance paternelle sur la personne de l'enfant ? — Sommaire..... 239

SECTION III.

De quelles manières la puissance paternelle (sur la personne de l'enfant) prend-elle fin ? Et dans quels cas l'exercice peut-il en être enlevé soit au père, soit à la mère, ou du moins suspendu ou modifié dans leurs mains. — Sommaire... 281

CHAPITRE II.

Des effets de la puissance paternelle, en ce qui concerne l'administration et la jouissance des biens de l'enfant (légitime). — Division 316

SECTION I.

De l'administration légale des biens des enfants pendant le mariage. — Sommaire..... 316

SECTION II.

De l'usufruit légal ou paternel. — Exposition historique. — Sommaire..... 368

§ I.

A qui l'usufruit légal est-il accordé ? — Sommaire..... 379

§ II.

Quels biens l'usufruit paternel comprend-il ? — Sommaire.... 392

§ III.

Quels droits confère l'usufruit paternel ? — Sommaire..... 416

§ IV.

Quelles charges sont imposées à l'usufruit paternel ? — Sommaire..... 434

§ V.

Quels sont les modes d'extinction de l'usufruit paternel ? — Sommaire..... 452

SECONDE PARTIE.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE, EN CE QUI CONCERNE LES ENFANTS NATURELS LÉGALEMENT RECONNUS.

Division. — Sommaire.....Page 515

CHAPITRE PREMIER.

De la puissance paternelle, relativement à la personne de l'enfant naturel. — Sommaire..... 516

SECTION I.

De l'éducation des enfants naturels. — Sommaire..... 519

SECTION II.

Auquel du père ou de la mère appartiennent l'éducation et la garde de l'enfant? — Sommaire..... 525

SECTION III.

Du droit de correction à l'égard des enfants naturels. — Par qui et comment peut-il être exercé? — Sommaire 533

CHAPITRE II.

De la puissance paternelle, relativement à l'administration et aux revenus des biens appartenant à l'enfant naturel. — Sommaire. 543

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

TABLE NUMÉRIQUE

DES ARTICLES DU CODE NAPOLÉON

AVEC L'INDICATION, POUR CHAQUE ARTICLE, DES PAGES DU VOLUME ET DES NUMÉROS DE L'OUVRAGE, OU IL EST EXPLIQUÉ.

(Tome VI, art. 343-389).

TITRE HUITIÈME.

De l'adoption et de la tutelle officieuse.

Art. du Code Nap.	Pages du volume.	Numéros de l'ouvrage.
343.	11-16, 27-66.	12-22, 43-55.
344.	19-21, 24-26, 75-78, 184.	26-30, 38-41, 69, 70, 207.
345.	16-19, 70-78.	23-25, 58-70.
346.	21-26, 180, 183, 184.	31-38, 196, 201, 204-206.
347.	140-141.	144, 145.
348.	14, 67-69, 124-140.	18, 56, 57, 127-141.
349.	135, 141-144.	141, 147-152.
350.	127, 128, 131-140, 144-159.	132-134, 139-141, 153-171.
351.	159-161, 162-167.	172-174, 177-182.
352.	161-167.	175-182.
353.	27, 88-91, 183.	42, 83-90, 201-203.
354.	92-104, 181.	91-102, 197.
355.	21, 92-104, 181.	30, 91-102, 198.
356.	92-104.	91-102.
357.	*Id.*	*Id.*
358.	*Id.*	*Id.*
359.	104-107, 118-119, 169.	103-108, 120-122, 184.
360.	107-118.	109-119.
361.	190-193.	217-224.
362.	192.	220.
363.	193-194.	225-228.
364.	195-203.	229-242.
365.	196-203.	231-242.

Art. du Code Nap.	Pages du volume.	Numéros de l'ouvrage.
366.	79-85, 119-121.	71-81, 123-126.
367.	203-205.	245-247.
368.	210-211.	253.
369.	205-210.	248-252.
370.	196.	231.

TITRE NEUVIÈME.

De la puissance paternelle.

Art. du Code Nap.	Pages du volume.	Numéros de l'ouvrage.
371.	225-229.	272-278.
372.	220, 235, 243, 283-315.	265, 292, 301, 358-406.
373.	235-239, 296, 297.	292-300, 374.
374.	243-247.	303-308.
375.	247-280.	310, 357.
376.	248-249.	313-317.
377.	249, 250, 255-258.	318-320, 328, 329.
378.	264-268.	334-338.
379.	268-271.	339-343.
380.	250-254.	321-324.
381.	271-280, 302.	344-356, 385.
382.	254-255, 258-264.	325-327, 330-333.
383.	515-549.	605-652.
384.	368-396, 416-433.	459-496, 522-529
385.	435-451.	530-551.
386.	454-514.	552-604.
387.	396-415.	497-521.
389.	319-368.	408-458.

FIN DE LA TABLE NUMÉRIQUE.

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

Paris. — Imprimerie de Ch. Lahure et Cie, rue de Fleurus, 9.

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

La Bibliothèque
Université d'Ottawa

Echéance

Celui qui rapporte un volume après la dernière date timbrée ci-dessous devra payer une amende de cinq sous, plus un sou pour chaque jour de retard.

The Library
University of Ottawa

Date due

For failure to return a book on or before the last date stamped below there will be a fine of five cents, and an extra charge of one cent for each additional day.

a39003 008180464b

22

DATE DUE

CAT. NO. 1137